Peter Klocker

ZUR FRAGE DER SITTENWIDRIGKEIT VON KONSUMENTENKREDITEN

1982

Z U R F R A G E D E R S I T T E N W I D R I G K E I T V O N K O N S U M E N T E N K R E D I T E N

I N A U G U R A L D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

PETER KLOCKER

aus Bottrop

1 9 8 2

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kupisch

Dekan: Prof. Dr. Dr. Krawietz

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1982

"Sich soll ain yeder an der Bezalung des Werts,
den er hingelihen hat, begnüegen lassen, und
nyemand von dem andern aynichen Aufsatz,
Gesuech oder Wucher nemen ...
Wo auch sölch wucherisch, gewärlich und
unzimlich Contraect in Recht fürnommen, soll
der Richter die für kraftlos erkennen ..."

Bayerisches Landrecht von 1518
33. Titel, 8. Art.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554821_0038

GLIEDERUNG

		Seite
Einleitung		1
A.	Die Problemstellung	1
B.	Der Gang der Untersuchung	2
1. Kapitel: Die Grundlagen		3
A.	§ 138 BGB: Generalklausel und Wuchertatbestand	3
I.	Die Tatbestände und ihr Verhältnis zueinander	3
1.	Die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB	3
	a. Die Tatbestandselemente	3
	b. Die Fallgruppenbildung	5
	c. Das System des "Zusammenspiels beweglicher Elemente"	6
2.	Der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB	7
	a. Der historische Hintergrund	7
	b. Die Tatbestandselemente	9
3.	Das Verhältnis der Vorschriften zueinander	9
II.	Der Verstoß gegen die "guten Sitten"	11
1.	Die Anstandsformel	11
	a) Die Einheitstheorien	11
	b) Die Untersuchung von Haberstumpf über die BGH-Rechtsprechung	12
	c) Der Ansatz von Simitis	13
2.	Die Funktion der Generalklausel	15
	a) Der Mißbrauch der Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt	15
	b) Die historischen Grundlagen	16
	c) Der Funktionswandel im Zivilrecht	21
	d) Der Funktionswandel der Generalklausel	23
	e) Neue Präzisierungsversuche in der Literatur	24
	f) Das Ergebnis	28
III.	Die Rechtsfolgen eines Verstoßes	31
B.	Das Konsumentenkreditgeschäft	33
I.	Die Rechtsnatur	33
1.	Der Kredit	33
2.	Das Darlehen	34

	3.	Der Kredit an Konsumenten	35
	4.	Der typische Konsumentenkredit	36
II.		Die Kreditgeber	37
	1.	Die wechselnden Marktverhältnisse	37
	2.	Kreditvolumen und Marktverhältnisse im Jahr 1979	38
	3.	Die Teilzahlungskreditinstitute	39
III.		Die Kreditnehmer	40
	1.	Berufs- und Altersstruktur	40
	2.	Motive der Kreditaufnahme	41
	3.	Die Tendenzen	41
C.		Die Reformdiskussion	42
I.		Der Stand gesetzgeberischer Vorarbeiten	42
	1.	Der "Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge"	42
	2.	Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Gemeinschaft	43
	3.	Die Bundesrat-Initiative	44
II.		Vorschläge de lege ferenda in der Literatur	45
	1.	Das durch von Marschall erstattete Gutachten	45
	2.	Der Vorschlag von Rühle	45
	3.	Die von Bender vorgeschlagene Regelung	45
	4.	Das Modell von Reifner	46
	5.	Sonstige Vorschläge	46
	6.	Die Empfehlungen von Hadding	46
III.		Die Beschlüsse des Deutschen Juristentages 1980 zum Thema Konsumentenkreditschutz	47
2. Kapitel:		Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten	50
A.		Die Rechtsprechung des BGH	50
I.		Die Grundsatzformel	50
II.		Das besonders grobe Mißverhältnis	51

III. Das auffällige Mißverhältnis 52

1. Die Leistungen des Darlehensnehmers 53
a) Die Kreditgebühren 53
b) Die Bearbeitungs- und Inkassogebühren, sonstige Auslagen 53
c) Die Restschuldversicherung 54
aa) Die Ausgestaltung des Versicherungsvertrages 54
bb) Die Einordnung durch den BGH 56
d) Die Vermittlungskosten 56
aa) Die Sachlage 56
bb) Die Einordnung durch den BGH 57

2. Die Leistungen des Kreditgebers 58

3. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung 58
a) Die Maßgeblichkeit des objektiven Wertes 58
b) Der maßgebliche Zeitpunkt 58
c) Die zahlenmäßige Bestimmung des Leistungsverhältnisses 59
aa) Die Sachlage 59
bb) Die Zulässigkeit annäherungsweiser Berechnung 60
cc) Die Ausweisung der Ergebnisse 61
d) Der Vergleichsmaßstab 61
aa) Die Herausarbeitung des Maßstabes in der älteren BGH-Rechtsprechung 62
bb) Die Konkretisierung des Maßstabes in der neueren Rechtsprechung 63
cc) Die Heranziehung der Statistik der Deutschen Bundesbank 63
(1) Die Sachlage 63
(2) Die Stellungnahme des BGH 64
e) Die das entgeltliche Leistungsverhältnis beeinflussenden Umstände 64
aa) Das Risiko des Geschäfts 65
bb) Weitere objektive Kriterien 65
cc) Die Nichtberücksichtigung des Eigenaufwandes des Kreditgebers 65
f) Die quantitative Eingrenzung des entgeltlichen Leistungsverhältnisses 66

IV. Die Gesamtbetrachtung aller objektiven Umstände 68

1. Die inhaltliche Ausgestaltung der Kreditbedingungen 69
a) Die Verzugsregelungen 69
b) Die Regelungen über die vorzeitige Fälligstellung 70
c) Die Folgenregelungen bei vorzeitiger Fälligkeit 70
aa) Die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen 70
bb) Die Verpflichtung zur Zahlung zusätzlicher Gebühren 71
d) Die Regelung der Gebührenrückvergütung 72
aa) Der rechtliche Hintergrund 72
bb) Die Würdigung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB 73

e) Die Regelungen über die Zinsanpassung 74
f) Die Beweisregelungen 74

2. Die äußere Gestaltung der Kreditbedingungen unter Berücksichtigung des Adressatenkreises 74

3. Die Angabe des effektiven Jahreszinses 75
a) Die Rechtslage 75
aa) Der Inhalt des § 1 der Verordnung über Preisangaben 75
bb) Die Rechtsfolgen des Verstoßes 76
b) Die Beurteilung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB 77

4. Die Offenlegung sonstiger, wirtschaftlich bedeutsamer Umstände 77
a) Das "packing" 77
b) Die Konditionen der Restschuldversicherung 78

5. Die Vertragsanbahnung durch den Kreditvermittler 78
a) Die Zurechenbarkeit von Verhalten des Vermittlers 78
b) Die Vertragsanbahnung 79

V. Gesamtbetrachtung und auffälliges Mißverhältnis 79

VI. Die bewußte oder leichtfertige Ausnutzung der Unterlegenheit des Kreditnehmers 80

1. Die schwächere wirtschaftliche Lage 80

2. Die geschäftliche Unerfahrenheit 81

3. Die Unterlegenheit 81

4. Die bewußte oder leichtfertige Ausnutzung 82

VII. Die Gesamtnichtigkeit 83

1. Gesamtnichtigkeit und Teilunwirksamkeit nach AGB-Recht 83
a) Der Grundsatz der Teilunwirksamkeit 83
b) Die Abgrenzung in der neueren Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB 83

2. Gesamtnichtigkeit oder Anpassung 86

3. Die Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages 87

4. Gesamtnichtigkeit und Schadensersatz 87

VIII. Zusammenfassung 88

B. Die Rechtsprechung der Untergerichte 91

I. Die maßgeblichen Kosten des Kreditnehmers 91

II. Die Grenzziehung zur Sittenwidrigkeit 93

III. Die Inhaltskontrolle von Kreditbedingungen 95

IV. Reaktionen der Untergerichte auf die neuere Rechtsprechung des BGH 97

V. Das Urteil des OLG Stuttgart vom 24. 4. 1979 99

3. Kapitel: Kritik und Konkretisierung 102

A. Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit 102

I. Das auffällige Mißverhältnis und das Verhältnis von § 138 Abs. 1 zu § 138 Abs. 2 BGB 102

1. Die historischen Vorläufer 102
a) Die Lehre vom gerechten Preis 102
b) Die laesio enormis und ihre Ausprägungen 104

2. Rechtsprechung und Funktionswandel 108

II. Die subjektiven Elemente 111

1. Die Bedeutung des Rechtsgeschäftes als Regelung 111

2. Die Verobjektivierung des Tatbestandes durch die Rechtsprechung 112

3. Die Bedeutung eines zusätzlichen Elementes neben dem auffälligen Mißverhältnis 113

III. Die Legitimation einer Quantifizierung 114

1. Flexibilität contra Rechtssicherheit 114

2. Generalklausel und 'Richtlinienrechtsprechung' 117

IV. Die Entwicklung von Kriterien für einen Meßwert 119

1. Äquivalenzstörung und Vermutungswirkung 119
a) Lösungsansätze aus der Rechtsprechung 119
b) Die erweiterte Anwendung der Vermutungswirkung 122

2. Die beweisrechtlichen Konsequenzen 122
a) Die grundsätzliche Beweisverteilung 122
b) Beweislastverändernde Eingriffe der Rechtsprechung 124
c) Die Beweislast im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB 125
d) Der Beweis des ersten Anscheins 128
e) Die Beweislastumkehr als Konsequenz aus der Vermutungswirkung 129

3. Zusammenfassung 130

V. Die gegenüberstehenden Leistungen und ihre Bemessung 131

1. Die Leistungen des Darlehnsnehmers 131
a) Die Kreditgebühren 131
b) Die Bearbeitungsgebühren und sonstigen Nebenkosten 132
c) Die Restschuldversicherungskosten 133
d) Die Vermittlungsprovision 136

2. Die Leistungen des Darlehensgebers und weiterer Beteiligter 137

3. Die zahlenmäßige Bestimmung des Leistungsverhältnisses 137

4. Der Vergleichsmaßstab 139
a) Die Benennung einer festen Zinsgrenze 139
b) Die Bestimmung des verkehrsüblichen Äquivalents 141
aa) Der maßgebliche Markt 141
(1) Die grundsätzlichen Bedenken aus der Literatur 142
(2) Die Frage des Sondermarktes für Teilzahlungsbanken 143
(a) Das besondere Risiko 143
(b) Die besondere Kostenstruktur 149
(aa) Die höheren Kosten der Teilzahlungsbanken 149
(bb) Die herkömmliche Marktdefinition 150
(cc) Exkurs: Kostenstruktur und Gesamtwürdigung 152
bb) Die verkehrsüblichen Kreditgebühren und die Heranziehung der Statistik der Deutschen Bundesbank 153
cc) Die verkehrsüblichen Bearbeitungs- und Nebenkosten 155
dd) Restschuldversicherung und Gegenwert 155
ee) Kreditvermittlung und Gegenwert 161

5. Zusammenfassung 166

VI. Die Quantifizierung 167

1. Vorschläge aus Rechtsprechung und Literatur 167

2. Der historische Anknüpfungspunkt 168

3. Die Eingrenzung 168

4. Ergänzende Feststellungen 172
a) Das Stadium des Rechtsgeschäftes 172
b) Der Anwendungsbereich 172
aa) Erfaßte Rechtsgeschäfte 172
bb) Persönliche Grenzen des Anwendungsbereiches 172
(1) Als Kreditgeber erfaßte Personen 172
(2) Als Kreditnehmer erfaßte Personen 173

B. Äquivalenzstörung und "sonstige Umstände" 175

I. Die Anwendbarkeit der Generalklausel 176

II. Die Kritik an der neueren Rechtsprechung 178

1. Inhaltliche und äußere Ausgestaltung des Formularvertrages und der Kreditbedingungen 178

2. Die Nichtangabe des effektiven Jahreszinses und weitere Aufklärungsdefizite 181
a) Der Verstoß gegen die Preisangabenverordnung 181
b) Die Aufklärung über ein "packing" 182
c) Der Hinweis auf günstigere Konditionen der Restschuldversicherung 182

3. Das Zusammenwirken von Äquivalenzstörung und "sonstigen Umständen" 184

a) Der Begriff des "auffälligen Mißverhältnisses" 184
b) Die Quantifizierung der Äquivalenzstörung 184
c) Exkurs: Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB wegen insgesamt unangemessener Kreditbedingungen 185
d) Die Handhabung 186

C. Die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB 187

Literaturverzeichnis 189

Abkürzungen:

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968, Bezug genommen.
Nicht aufgeführt ist dort:
FLF Finanzierung, Leasing, Factoring

Einleitung

A. Die Problemstellung

Im Jahre 1979 betrug das Kreditvolumen aller Bankengruppen im Bereich des Konsumentenkredites ca. DM 115 Milliarden. Es hat sich damit gegenüber dem Jahre 1970 nahezu vervierfacht, gegenüber dem Jahre 1975 mehr als verdoppelt. 43 % aller privaten Haushalte sind in der Bundesrepublik Deutschland mit monatlichen Ratenverpflichtungen belastet; die durchschnittliche Kredithöhe steigt ständig.

Der Konsumentenkredit, vor allem in der Form des Barkredites, ist zu einem "standardisierten Mengengeschäft" mit beachtlicher Bedeutung für alle Bankengruppen geworden.

Zwischen den von Kreditgebern geforderten Zinsen und Nebenkosten bestehen beachtliche Unterschiede; gerade bei Teilzahlungsbanken werden zum Teil erheblich über dem Durchschnitt liegende Kosten berechnet. Auch die Einschaltung von Kreditmaklern bewirkt eine zusätzliche Kostenbelastung, die in Extremfällen höher liegen kann als für den gesamten bei einer Großbank oder Sparkasse aufgenommenen Kredit. Durch vom Kreditgeber einseitig vorformulierte Kreditbedingungen werden bei Vertragsstörungen weitere Zahlungen fällig, durch die die wirtschaftliche Existenzfähigkeit von Empfängern niedriger Einkommen, die die Hauptgruppe der Kreditnehmer stellen, ernsthaft bedroht werden kann.

Die Untergerichte sehen sich seit längerer Zeit mit der Problematik konfrontiert, die Grenze zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten nach § 138 BGB abstecken zu müssen; Die Herausbildung einer uneinheitlichen und auch kontroversen Rechtsprechung ist die Folge.

Seit November 1978 hat der BGH in einer Serie von Entscheidungen neue Maßstäbe gesetzt. Ein Schwerpunkt dieser Untersuchung ist neben der Herausarbeitung der vom BGH gesetzten Kriterien eine

kritische Würdigung dieser neueren Rechtsprechung. Außerdem soll, berechtigte Bedenken aus Literatur und Rechtsprechung der Untergerichte aufgreifend, der Versuch unternommen werden, über die neuen Maßstäbe hinausgehend, eine Richtlinie zu entwickeln, die die Grenze zur Sittenwidrigkeit meßbar macht. Ziel ist, durch ein in der Praxis handhabbares Verfahren zur Überprüfung von Kreditverträgen einen Beitrag zu größerer Rechtssicherheit in einem Mengengeschäft der Banken zu leisten.

Die Reformdiskussion, wie de lege ferenda der Schutz des Konsumentenkreditnehmers verbessert werden kann, hat anläßlich der Beratungen des Deutschen Juristentages 1980 einen Höhepunkt erreicht; sie bedarf der Skizzierung und findet insoweit weitere Berücksichtigung, als sie für diese Arbeit, die allein de lege lata nach Möglichkeiten der Konkretisierung sucht, verwertet werden kann.

B. Der Gang der Untersuchung

Das 1. Kapitel ist der Darstellung der Grundlagen für diese Untersuchung gewidmet. Neben Inhalt und allgemeiner Funktion der Generalklausel, dem Verhältnis zum Wuchertatbestand, wird der Konsumentenkreditvertrag rechtlich eingeordnet, das Kreditgeschäft durch Wiedergabe von Fakten transparenter gemacht. Hier findet sich auch eine knappe Darstellung der Reformdiskussion einschließlich des Standes gesetzgeberischer Vorarbeiten. Im 2. Kapitel wird die Rechtsprechung des BGH und der Untergerichte herausgearbeitet; die vielfältigen rechtlichen Einzelfragen, z.B. zu Konditionen der Restschuldversicherung, werden im Zusammenhang mit der richterlichen Beurteilung allgemein erläutert. Das 3. Kapitel setzt sich kritisch mit der Rechtsprechung auseinander; hier werden Möglichkeiten der Weiterentwicklung der richterlichen Entscheidungen aufgezeigt. Nach dogmatischer Rechtfertigung wird ein Richtwert, der die Grenze zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB zahlenmäßig aufzeigt, entwickelt.

1. Kapitel: Die Grundlagen

A. § 138 BGB: Generalklausel und Wuchertatbestand

I. Die Tatbestände und ihr Verhältnis zueinander

1. Die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB

§ 138 Abs. 1 BGB enthält eine Rechtsnorm (1), kein Moralgesetz (2). Eine Legaldefinition für die "guten Sitten" existiert nicht. Zur Konkretisierung verwendet die Rechtsprechung die schon in den Motiven (3) erwähnte Formel, daß der Richter den Maßstab für die guten Sitten dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen hat, dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" (4). Anzulegen ist ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab (5).

a) Die Tatbestandselemente

Rechtsprechung und Literatur gliedern die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts in verschiedene Tatbestandselemente auf.
Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes kann aus seinem Inhalt oder seinem Gesamtcharakter hergeleitet werden (6). Bei sittenwidrigem Inhalt kommt es auf die Würdigung der Begleitumstände grundsätzlich nicht an (7). Verstößt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft nicht schon aufgrund des unmittelbaren Inhalts gegen die guten Sitten, so kann sich die Sittenwidrigkeit aus einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergeben (8). Zu berücksichtigen sind neben objektivem Gehalt des Geschäfts auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, sowie die Absichten und Motive der Parteien (9).

---

1 RGZ 48, 114, 129; 130, 1, 5
2 Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 2
3 Bd. II, §§ 704, 705, S. 727
4 RGZ 48, 114, 124; 80, 219, 221; 150, 1, 4; BGHZ 10, 228, 232; BGH LM Nr. 2 zu § 138 (Ba); NJW 76, 1883
5 RGZ 58, 214, 217; zur Anstandsformel vgl. unten 1. Kap. A II 1, S. 11 ff
6 Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1c m. w. N.
7 Palandt-Heinrichs a. a. O.
8 Palandt-Heinrichs a. a. O.; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 29, jew. m. w. N.
9 BGH LM Nr. 6 zu § 138 (Cb); Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1c; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 29

Die am Rechtsgeschäft Beteiligten brauchen sich nach h. M. (1) der Sittenwidrigkeit ihres Tuns nicht bewußt gewesen zu sein. Es genügt, wenn sie die Tatumstände gekannt haben, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt (2). Dabei wird von der Rechtsprechung im Normalfall Kenntnis beider Vertragspartner gefordert (3). Einseitige Kenntnis ist ausnahmsweise dann ausreichend, wenn sich das sittenwidrige Verhalten gerade gegen den Geschäftspartner richtet (4).
Bei einem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung liegt nach der Rechtsprechung (5) Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nur dann vor, wenn sich eine verwerfliche Gesinnung zeigt. Diese Voraussetzung wird insoweit wieder abgeschwächt, als der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit dem Handelnden schon dann zugerechnet werden kann, wenn er sich grob fahrlässig der Erkenntnis von Tatsachen verschlossen hat, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt (6). Darüber hinaus kann nach der Rechtsprechung das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung so groß sein, daß es den Schluß auf bewußte Kenntnis oder doch grob fahrlässige Unkenntnis rechtfertigt (7).

Die Auffassung in der Literatur (8), die Rechtsordnung müsse ein Rechtsgeschäft mit objektiv sittenwidrigem Geschäftsinhalt ohne Rücksicht auf positive Kenntnis oder überhaupt auf ein Verschulden der Beteiligten unterbinden, verliert angesichts dieses Trends der Rechtsprechung zur Objektivierung an Bedeutung.

---

1 BGH LM Nr. 1 zu § 138 (Ca); WM 76, 289, 291; Larenz JurJB 66/67, S. 98, 120; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 33
2 RGZ 160, 52, 58; BGHZ 23, 184, 193 f; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1c; Staudinger/Dilcher § 138 Rdnr. 15
3 RGZ 97, 253, 255; 160, 52, 58
4 RGZ 93, 27, 30; 120, 144, 149; Palandt-Heinrichs, a. a. O.
5 BGH NJW 51, 397; NJW 57, 1274; BGB-RGRK Krüger-Nieland § 138 Rdnr. 6
6 seit RGZ 150, 1, 6; vgl. BGH Betr. 66, 1388; WM 69, 1257; WM 76, 1158, 1160
7 RGZ 150, 1, 5; BGHZ 10, 228, 233
8 Larenz AT, § 22 III, S. 401; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 31, 38, 39 m. w. N.

b. Die Fallgruppenbildung

Aus der Kasuistik zu der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB haben sich zahlreiche, von Rechtsprechung und Lehre anerkannte Fallgruppen herausgebildet, die mit Begriffen wie Machtmißbrauch, Treubruchförderung, Verstoß gegen Standesregeln oder Mißachtung des Gemeinwohls zusammengefaßt werden (1) Die geschaffenen Präjudizien bilden einen ganz wesentlichen Teil der Basis, die zur Konkretisierung des Begriffes der guten Sitten in jedem Einzelfall benötigt wird. Ein möglicher Entscheidungsfreiraum bei Anwendung der Generalklausel verengt sich auch im Fortgang der Rechtsprechung in dem Maße, in dem eine wachsende Zahl vergleichbarer Fälle zur Verfügung steht (2). Dementsprechend setzt sich auch die Rechtsprechung, soweit möglich, mit vorangegangenen Entscheidungen auseinander und berücksichtigt diese weitestgehend bei ihrer Bewertung des Einzelfalles (3).

Die Analyse der Rechtsprechung zum Thema dieser Arbeit und der Vergleich mit anderen Fallgruppen wird für die Definition der Kriterien, anhand derer die Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten gemessen werden kann, von besonderer Bedeutung sein.

---

1 vgl. Staudinger/Dilcher § 138 Rdnr. 12, insbes. 20 ff; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 2, 5; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 20 ff, jeweils mit z. T. abweichenden Begriffsbezeichnungen u. w. N.

2 Larenz AT § 22 III S. 400; ders., Methodenlehre, S. 203 f

3 vgl. für die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten z. B. BGH WM 80, 1111 ff

c. Das System des "Zusammenspiels beweglicher Elemente"

Aufgrund der nach der Rechtsprechung vorzunehmenden Gesamtbeurteilung des Rechtsgeschäfts können Kriterien, die für sich genommen noch als unbedenklich erscheinen, im Zusammentreffen mit anderen Kriterien die Sittenwidrigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes bewirken (1). Diese Elemente können je nach Lage des Falles be- oder entlasten, - je nach Zahl oder Stärke - ergänzend, ersetzend oder summierend den Schluß auf die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit des Rechtsgeschäftes mit den guten Sitten rechtfertigen (2).

In der Literatur (3) wird versucht, dieses Charakteristikum in Anlehnung an das von Wilburg (4) entwickelte System des "Zusammenspiels beweglicher Elemente" methodisch zu präzisieren.

Mayer-Maly möchte auf diese Weise die Fallgruppenbildung ablösen und stellt einen Katalog von "beweglichen Elementen" zusammen (5). Die von ihm bezeichneten Elemente, z. B. Absicherung anerkannter Ordnungen oder Abwehr von schweren Äquivalenzstörungen, hätten nicht den Charakter fest abgrenzbarer "Tatbestände", ihnen hafte die jedem Typus-Begriff (6) eigentümliche Unschärfe an (7). Für die überwältigende Mehrzahl der Fälle erschließe erst das "Zusammenspiel der Elemente" die in Wahrheit über kasuistische Zufälligkeit weit hinausgelangte Rechtsprechung (8).

Die Ausführungen von Mayer-Maly stellen sich als ein Versuch dar, die von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Fallgruppen miteinander wieder zu verflechten. Es liegt jedoch im Interesse der Rechtssicherheit

---

1 So auch in der neueren Rechtsprechung zum Konsumentenkredit, z. B. BGH BB 79, 343 ff
2 Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 7
3 Mayer-Maly in MK, § 138 Rdnr. 24 ff; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 7
4 Grazer Rektoratsrede 1950; vgl. die Kritik von Esser in Rabels Z 18 (53), 165, 167
5 a. a. O., Rdnr. 26 ff
6 Mayer-Maly stellt nicht klar, ob er sich bei dieser Begriffswahl an die Ausführungen von Larenz, Methodenlehre S. 443 ff, anlehnen will.
7 Mayer-Maly in MK § 138 Rdnr. 34
8 a. a. O., Rdnr. 34

insbesonders der Voraussehbarkeit einer Entscheidung, typische Tatbestände der Sittenwidrigkeit zu bilden und Richtlinien für die Beurteilung typischer Fälle zu entwickeln (1). Die besondere Würdigung des konkreten Rechtsgeschäfts wird dadurch nicht ausgeschlossen (2).

2. Der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB

a. Der historische Hintergrund

Bis zur Kodifikation des BGB sind wucherische Rechtsgeschäfte stets unabhängig von den "eigentlich" sittenwidrigen Rechtsgeschäften erörtert worden (3).

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts begnügten sich die Gesetze damit, den Wucher mit der Festsetzung eines Zinsmaximums bei Darlehensgeschäften in Schranken zu halten (4). Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten bestimmte einen Höchstzinssatz von 5 % (I., 11, § 804), bei Kaufleuten 6 % (I, 11, § 805) und ein Verbot der Vereinbarung von Zinseszinsen (I, 11, § 818). In Bayern galt nach dem Codex Maximilianus Bavaricus fast die gleiche Regelung (5). In Österreich galt ebenfalls eine Obergrenze von 5 bzw. 6 % (§ 994 AGB) und das Zinseszinsverbot (§ 998 AGB). Wie in Bayern und Preußen manifestierte sich das Wuchergeschäft durch Überschreiten des maximal erlaubten Zinssatzes (6).

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurden nahezu im gesamten deutschen Rechtsraum die Zinsschranken beseitigt, so 1866 in Preußen, 1867 in Bayern und 1868 in Österreich (7). Dieser Entwick-

---

1 Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 7; in diesem Sinne schon Coing, NJW 1947/48, 213 ff
2 Soergel-Hefermehl a. a. O.
3 H. Schmidt, S. 141, 135 ff m. w. N.
4 H. Schmidt, a. a. O.
5 4 % und das Verbot des Anatozismus, vgl. H. Schmidt, S. 136
6 H. Schmidt, a. a. O.
7 H. Schmidt, S. 137 m. w. N.

lung liegen die dominant gewordenen Strömungen des wirtschaftlichen Liberalismus, die Lehren eines Jean Baptist Say, David Ricardo oder John Stewart Mill zugrunde (1).

Als die gesetzten Erwartungen nicht eintraten, sich vielmehr vermehrt Mißstände verbreiteten, kehrten die Gesetzgeber zu einer Beschränkung der Zinsen zurück (2). Für das Deutsche Reich erging erstmals am 24. 5. 1880 ein Wuchergesetz, das in Ergänzung des Strafgesetzbuches denjenigen bestrafte, der "unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen für ein Darlehen oder im Falle der Stundung einer Geldforderung sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, die den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung stehen" (3). Art. 3 des Gesetzes bestimmte, daß Verträge, die gegen diesen Straftatbestand verstoßen, nichtig sind. 1893 wurde in einem ergänzenden Wuchergesetz andere Rechtsgeschäfte als Darlehen und Stundung in den Wucherbegriff einbezogen.

Auffällig sind die Abkehr von festen Zinsgrenzen, mit denen verdeckte Wuchergeschäfte kaum verhindert werden konnten (4) und die Einführung der allgemeinen Definition des Wuchertatbestandes.

Nachdem zunächst wegen dieser Gesetze eine Aufnahme in das BGB nicht vorgesehen war, wurde durch die XII. Kommission des Reichstages § 138 Abs. 2 BGB eingefügt, der es darum ging, eine so weitgreifende Vorschrift im BGB nicht unerwähnt zu lassen (5). Dem Bereich der sittenwidrigen Rechtsgeschäfte wurde der Wucher zugeordnet, weil der Schwerpunkt der Regelung nicht im auffälligen Mißverhältnis allein gesehen wurde (dann hätte eine Anlehnung an § 134 BGB näher gelegen), sondern vor allem die ausbeuterische Übervorteilung

1 H. Schmidt, a.a.O.
2 dazu im einzelnen H. Schmidt, S. 138 f
3 Abdruck bei Rehbein/Reincke, 1. Bd., S. 607, 608
vgl. H. Schmidt, S. 138
4 H. Schmidt, S. 139
5 H. Schmidt, S. 140 m.w.N.

sanktioniert werden sollte (1).

b. Die Tatbestandselemente

Als Tatbestandselemente des § 138 Abs. 2 BGB sind neben dem objektiv geforderten "auffälligen Mißverhältnis" subjektive Voraussetzungen aufgelistet. Die Elemente sind von Rechtsprechung (2) und Lehre (3) konkretisiert worden. Die subjektiven Merkmale des Tatbestandes sind durch das 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976 neu gefaßt.

Es soll nicht Ziel dieser Arbeit sein, zur weiteren Ausfüllung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Wuchers beizutragen, was im übrigen bereits hinlänglich geschehen ist (4). Rühle hat nachgewiesen, daß die Vorschrift sich als ungeeignet herausgestellt hat, Mißstände bei Kreditgeschäften wirksam zu bekämpfen (5). Dabei ist ein wesentlicher Punkt für die Ineffizienz des Wucherverbotes das Erfordernis, dem Wucherer vorsätzliches Handeln nachweisen zu müssen. Diese grundlegenden Beweisschwierigkeiten sind durch die Neufassung des § 138 Abs. 2 BGB in keiner Weise beseitigt worden (6). Um die Gefahr einer Ausuferung des Strafrechts, also des § 302 a StGB vorzubeugen, ist eine Erweiterung des subjektiven Tatbestandes abgelehnt worden (7). Eine auf § 138 Abs. 2 BGB beschränkte Ausweitung der subjektiven Merkmale auf leichtfertiges oder sogar fahrlässiges Verhalten ist nicht erwogen worden (8).

3. Das Verhältnis der Vorschriften zueinander

Nachdem das Reichsgericht zunächst den § 138 Abs. 2 BGB für eine für alle Fälle auffälliger Mißverhältnisse geltende Spezialregelung gehalten hatte (9), betonte es später in ständiger Rechtsprechung (10),

---

1 vgl. Franke, S. 109 f; H. Schmidt, S. 140
2 detaillierte Nachweise bei Rühle, S. 29 ff
3 vgl. Staudinger/Dilcher § 138 Rdnr. 100 m. w. N.
4 dazu Rühle, S. 52 ff m. w. N.
5 S. 36 ff, 41 ff, 49 ff
6 Rühle, a. a. O.; so auch Reich JZ 80, 329, 333
7 Rühle, S. 49 f, 55 f m. w. N.
8 Rühle, S. 56
9 RGZ 64, 181, 182
10 RG JW 35, 278, 279; RGZ 83, 109, 112; vgl. Rühle S. 36 f m. w. N.

ein derartiges Rechtsgeschäft könne auch nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, allerdings nur, wenn zu dem Mißverhältnis noch ein weiterer Umstand hinzukomme, der in Verbindung hiermit den Vertrag nach seiner Gesamtgestaltung - also aus der Zusammenfassung von objektiven und subjektiven Merkmalen - als sittenwidrig erscheinen lasse.

Auch in der Literatur wird aus dem Wort "insbesondere" in der Formulierung des § 138 Abs. 2 BGB gefolgert, daß die Vorschrift nur einen Sonderfall des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäftes darstellt (1). Der zweite Absatz des § 138 BGB ist danach zur Konkretisierung der Generalklausel, nicht zur Einschränkung in das Gesetz gekommen (2).

Besondere Bedeutung für das Verhältnis der Absätze des § 138 BGB zueinander erlangte die bereits zitierte Entscheidung des Reichsgerichtes vom 13. 3. 1936 (3), in der die bisherige Rechtsprechung bestätigt, zusätzlich aber klargestellt wurde, daß aus dem Mißverhältnis unter Umständen auf die verwerfliche Gesinnung geschlossen werden könne. Gleichzeitig verzichtet der Senat auf die positive Kenntnis aller Tatumstände und erklärte das Geschäft bereits dann für nichtig, wenn ein Vertragspartner "sich böswillig oder in grob fahrlässiger Leichtfertigkeit der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere nur aus den Nachteilen seiner Lage auf die ihn beschwerenden Bedingungen einläßt" (4). Eine wichtige Erkenntnisquelle sei das Maß des Verhältnisses, das so groß sein könne, daß es den Schluß auf bewußte oder doch grob fahrlässige Ausnutzung irgendeines den Vertragspartner hemmenden Tatumstandes zwingend nahelege (5). Die Entscheidung hat im Schrifttum allgemeine Zustimmung gefunden(6).

---

1 Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 64; Mayer-Maly in MK, § 138 Rdnr. 112; Staudinger/Dilcher § 138 Rdnr. 105
2 Mayer-Maly a. a. O.
3 RGZ 150, 1 ff; siehe bereits oben A I 1 a
4 RGZ 150, 1, 5
5 RGZ 150, 1, 6
6 Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 2a; Erman-Westermann-Brox, § 138 Rdnr. 6; Rühle S. 37 m. w. N. in FN 13; a. A. Franke S. 110, 130 f, der im Hinblick auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers § 138 Abs. 2 BGB als einen aus Gründen der Rechtssicherheit formulierten Spezialtatbestand begreift, der einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich sei.

Seit dieser Entscheidung spielt in der Praxis § 138 Abs. 2 gegenüber § 138 Abs. 1 eine untergeordnete Rolle (1). Der BGH bekämpft den Kreditwucher im Zivilrecht ausschließlich über § 138 Abs. 1 BGB (2). In einem einzigen Fall hat der BGH überhaupt § 138 Abs. 2 für die Nichtigkeit eines Vertrages herangezogen (3). Auch im Rahmen dieser Arbeit erlangt der spezielle Wuchertatbestand nur insoweit Bedeutung, als er die Anwendung der Generalklausel beeinflußt; ansonsten ist der Schwerpunkt der Problematik durch Rechtsprechung und Literatur auf § 138 Abs. 1 BGB verlagert worden.

II. Der Verstoß gegen die "guten Sitten"

Die Darstellung der Tatbestandselemente hat noch keine Aufklärung darüber gebracht, wann ein Verstoß gegen die "guten Sitten" zu bejahen ist.

1. Die Anstandsformel

Die Lehre ist sich weitgehend darin einig, daß mit der Heranziehung der Anstandsformel wenig gewonnen ist (4). Während auf der einen Seite die von der Rechtsprechung gewählte Definition ausdrücklich als Hohlformel bezeichnet wird (5), will die Gegenseite ihr zumindest "rationale, operationale Elemente" (6) nicht absprechen.

a) Die Einheitstheorien

In der Literatur fehlte es nicht an Versuchen, die außerrechtlichen Maßstäbe zu präzisieren, um sie einer für den ganzen Anwendungsbereich gültigen Interpretation zugänglich zu machen (7).

---

1) Rühle, S. 37
2) BGH BB 54, 174 f; WM 56, 459 f; WM 66, 399 ff; Betr. 67, 678; Betr. 76, 766 f; für die neuere Rechtsprechung siehe 2. Kap. A I
3) BGH BB 54, 175: Tausch eines Behelfsheimes, Wert DM 2050,-, gegen ein Hausgrundstück, Wert DM 6665,-, unter Ausnutzung einer durch politische Verfolgung entstandenen Notlage; siehe dazu noch Rühle, S. 42 Fn. 4
4) Staudinger/Dilcher § 138 Rdnr. 12; Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 4; Haberstumpf, S. 73 ff; Arzt, S. 25 ff; Teubner, S. 19 ff
5) so z. B. Haberstumpf, S. 74
6) Mayer-Maly in MK, § 138, Rdnr. 14; Flume § 18, 1
7) Überblick bei Teubner, S. 13 ff

Das Spektrum reicht von Rückgriffen auf "die Sittlichkeit" (1), einem Begriff, der schon bei Schaffung des § 138 Abs. 1 BGB diskutiert wurde (2), über Verweise auf das Naturrecht, eine vorgegebene Ordnung sittlicher Werte (3) bis zur Berufung auf eine materiale Wertethik (4). Der Konsens aller Rechtsdenkenden wird herangezogen und auf die Sozialmoral verwiesen (5). Als Beurteilungsmaßstab wird "die der herrschenden Wirtschafts- und Sozialordnung immanente Rechtsethik" (6) zitiert oder die Anstandsformel als Verweis auf die Rezeption sozialer Normen begriffen (7).

In der Literatur sind diese Lösungsansätze allesamt umstritten geblieben (8). Abgesehen von jeder Einzelkritik gilt für diese sogenannten Einheitstheorien der Einwand, daß die Fallgruppen, die die Rechtsprechung zu den Gute-Sitten-Klauseln entwickelt hat, so breit gestreut sind, daß sie mit einem einheitlichen Interpretationssatz nicht zu erfassen sind. Die Aussagen der Kommentarliteratur sind entweder widersprüchlich oder inhaltsleer (9). Bei der Bestimmung der guten Sitten wird die eine Formel durch die nächste ersetzt (10).

b) Die Untersuchung von Haberstumpf über die BGH-Rechtsprechung

Haberstumpf (11) hat nach einer Untersuchung der BGH-Entscheidungen in der amtlichen Sammlung (Bd. 1-60) festgestellt, daß das Gericht die Maßstäbe für die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes sowohl aus sozialen Normen und kollektiven Wertvorstellungen (außerrechtlicher Bereich) als auch aus der Gesamtrechtsordnung schöpft.

---

1) vgl. Henkel, S. 129, und Larenz, JJB 1966/7, S. 98, 107
2) vgl. H. Schmidt, S. 144 m.w.N.
3) Weinkauff, S. 554 ff; vgl. Teubner, S. 15 ff m.w.N.; Haberstumpf, S. 32 f m.w.N.
4) Meyer-Cording JZ 64, 273 ff, 310 ff
5) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 599 ff
6) Schricker, S. 197; so auch LG Münster NJW 75, 2070, 2073
7) Droste, WRP 66, 323 ff, Hirsch JZ 62, 329, 333 f; Rheinfels WuW 56, 785 ff; differierend Teubner S. 65 ff; vgl. auch Haberstumpf, S. 34 ff
8) ausführliche Darstellung u. Kritik bei Teubner, S. 13 ff; siehe auch Haberstumpf, S. 31 ff
9) Teubner, S. 115
10) dahingehend auch Mayer-Maly in MK, § 138 Rdnr. 15
11) S. 42 ff

Im Anschluß an Teubner (1) definiert er den Begriff der "sozialen Norm" als "kollektiv befolgtes, erwartetes, sanktioniertes und legitimiertes Verhaltensmodell" (2). Das Feld der "herrschenden normativen Anforderungen der beteiligten Verkehrskreise und/oder der Allgemeinheit" (3), also der allgemein anerkannten Sozialnormen, ist in einer pluralistisch strukturierten Gesellschaft klein (4). Haberstumpf (5) weist deshalb den Maßstäben aus dem außerrechtlichen Bereich, in dem das Bestehen sozialer Normen nicht feststellbar ist, den Begriff "kollektive Wertvorstellungen" zu.

Der BGH hat keinem der kategorisierten Maßstäbe den Vorzug gegeben, ein Rangverhältnis ist nicht aufzufinden (6). Das Gericht hat sich darüber hinaus keiner der sogenannten Einheitstheorien angeschlossen, sondern jeweils im Einzelfall sich Argumente der einen oder anderen Lehre zu eigen gemacht (7).

c) Der Ansatz von Simitis

Simitis versucht, den Schwierigkeiten der tatbestandlichen Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB zu begegnen, indem er auf den Begriff der öffentlichen Ordnung, den des "ordre public" zurückgreift. In einer rechtsvergleichenden Untersuchung kommt er zu dem Schluß, daß die Gute-Sitten-Klauseln in Funktion, Anwendungsbereich und Wirkung dem "public policy" des anglo-amerikanischen Rechtes bzw. der Lehre vom "ordre public" im französischen Recht entsprechen (8).

Unter "ordre public" versteht er den Inbegriff der zwingenden und dispositiven Gesetzesbestimmungen, sowie die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Regeln zur Erläuterung und Ergänzung der Gesetze und ihre Anpassung an die gesellschaftlichen Verhältnisse (9).

---

1) S. 79
2) Haberstumpf, S. 34 f; zur im einzelnen uneinheitlichen Diskussion des Begriffes in der Soziologie vgl. Geiger, S. 125 ff, 169 ff; Spittler, S. 9 ff; König,S. 36 ff
3) Haberstumpf, S. 37
4) Soergel-Hefermehl, § 138 Rdnr. 8
5) S. 38
6) vgl. Haberstumpf, S. 42 ff, 69 ff
7) Haberstumpf, S. 74 m.w.N.
8) Simitis, S. 78 ff, 143 ff, 157 ff, 162 ff
9) Simitis, a.a.O., S. 175 ff

Einbezogen in die Wertung werden die Grundrechtsartikel (1). "Ordre public" ist "das den Prinzipien der Rechtsordnung gemäße Wirkung des 'Sinnganzen' im Rechtsinstitut" (2).

Diese Lehre ist bei einer Reihe von Autoren - zumindest teilweise - (3) auf Zustimmung gestoßen (4).

Überwiegend ist die Einführung eines zusätzlichen Begriffes jedoch kritisiert worden (5).

Bereits die Juristen der 1. Kommission wollten in die Formulierung der Generalklausel zusätzlich den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung aufnehmen (6). Nach heftigen Diskussionen in den beratenden Gremien (7) lehnte der Reichstag aber diesen Antrag vor allem wegen der Unbestimmtheit des Begriffes ab (8). Darüberhinaus wurde argumentiert, daß die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen seien (9).

Selbst die Kritiker von Simitis verkennen nicht, daß "in der Bezugnahme auf den 'ordre public' ein richtiger Kern enthalten ist" (10). Larenz spricht im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG, der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz, den "der Rechtsverordnung immanenten rechtsethischen Prinzipien" den Vorrang vor den Maßstäben der "herrschenden Moral" zu (11).

Übereinstimmung besteht auch weitgehend darüber, daß die Grundrechtsartikel über die Generalklauseln in das Privatrecht einfließen (12).

---

1) Simitis, S. 180 ff
2) Simitis, S. 174, zu den Vorläufern dieser Lehre vgl. Schricker, S. 207 f
3) Kraft, S. 66 f; Sack, S. 493 ff
4) Haberstumpf, S. 40 m.w.N. in Fn. 40; Teubner, S. 38 f m.w.N.
5) Flume § 18,1; Meyer-Cording JZ 64, 273,277 ff; Larenz AT, § 22 III
6) Motive, Bd. I, § 106, S. 211; vgl. hierzu H. Schmidt, S. 143, 145 ff
7) Einen Überblick über den damaligen Meinungsstand - auch im Schrifttum - gibt H. Schmidt, a.a.O.
8) Stenographische Berichte IX, IV, 4. Bd., S. 2772, 110. Sitzung vom 20.6.1896 - zitiert nach H. Schmidt, S. 150, Fn. 356
9) Protokoll, Nr. 21 III, S. 124 - zit. nach H. Schmidt, S. 145, Fn. 333
10) Larenz AT, § 22 III, S. 399
11) Larenz, a.a.O., S. 400
12) Staudinger/Dilcher § 138 Rdnr. 111; Mayer-Maly in MK § 138, Rdnr. 17; Larenz, a.a.O.; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1 b

Für eine unmittelbare und absolute Geltung der Grundrechtsnormen ist nach der h. M. zwar im Bereich der Rechtsgeschäfte kein Raum (1). § 138 BGB ist jedoch das Medium, um den Wert- und Rechtsgehalt der Grundrechte im Privatrecht zur Geltung zu bringen (2).

Zuzugeben ist Larenz (3), daß die Einführung eines weiteren Begriffes, des "ordre public", der Sache nicht dienlich ist, daß dieser zudem sprachliche Ähnlichkeit mit Begriffen des öffentlichen Rechtes aufweist (öffentliche Ordnung) und zudem im internationalen Privatrecht bereits in anderem Sinne gebräuchlich ist (vgl. Art. 30 EGBGB). Ob allerdings, wie Larenz (4) lapidar feststellt, "kein Anlaß besteht", Simitis darin zu folgen, daß der Begriff der "Guten Sitten" im Sinne eines außerrechtlichen Maßstabes auf das Gebiet des Geschlechts- und Familienlebens zu beschränken ist, kann erst nach einer Funktionsbestimmung der Generalklausel beurteilt werden, die auf die Thematik dieser Untersuchung beschränkt bleiben kann.

2. Die Funktion der Generalklausel

a) Der Mißbrauch der Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt

Worum es bei § 138 BGB geht, ist nichts anderes als um die Verhütung des Mißbrauchs der Privatautonomie, sei es im Verhältnis der Vertragspartner zueinander, sei es in ihrem Verhältnis zu Dritten, nicht um die Sittlichkeit als solche (5).

Privatautonomie ist die Befugnis der Rechtsgenossen, ihre Beziehungen selbstverantwortlich zu ordnen (6). Die Privatautonomie ist Voraussetzung für die Vertragsfreiheit im engeren Sinne. Die Vertragsfreiheit ist die Freiheit der am rechtsgeschäftlichen Verkehr Teilnehmenden, über Abschluß und Gestaltung der Verträge zu entscheiden. Die Rechtsordnung erkennt die getroffene Abrede an und stattet sie mit gesetzli-

---

1) Flume § 1, 10; Palandt-Heinrichs § 138, Anm. 1 b; siehe dazu auch BVerfGE 7, 198; 24, 236, 251
2) Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 9; BVerfGE, a. a. O.
3) a. a. O., S. 398
4) Larenz AT, § 22 III, S. 397
5) so ausdrücklich Larenz AT, § 22 III, S. 401
6) Simitis, S. 201 m. w. N.

chem Rechtsschutz aus (1).

b) Die historischen Grundlagen

Der Schutz der Vertragsfreiheit ist ein ungeschriebenes Grundprinzip des Privatrechts (2), das sich erst auf verhältnismäßig später Stufe der Rechtsentwicklung durchsetzte (3). Geschichtlich frühe Rechtsordnungen erachteten nur verhältnismäßig wenige, streng typisierte und in feierlichen Formen geschlossene Rechtsgeschäfte zwischen einzelnen Rechtsgenossen eines Schutzes für fähig und wert. Es war das Gedankengut des Naturrechts des 17. Jahrhunderts (4), das zur Bindungswirkung und Einklagbarkeit des Konsensualvertrages führte. Niederschlag fand dies in den großen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, vor allem im Code Civil, dem Preußischen Allgemeinen Landrecht und dem Österreichischen AGB (5).

Das Privatautonomieverständnis des historischen Gesetzgebers des BGB ist darüberhinaus geprägt von den Rechtsdogmatikern des 19. Jahrhunderts. Savigny hatte eine allgemeine Rechtstheorie aufgebaut, die das Naturrecht ersetzen, gleichsam eine "Philosophie des positiven Rechts" sein sollte. Grundlage war die Kantische Rechtslehre: das "selbständige Daseyn" des Rechts, welche die autonome Sittlichkeit der Person nicht erzwingen, sondern ermöglichen soll (das subjektive

---

1) Simitis, a. a. O.; vgl. Raiser, JZ 58, 1; Larenz SchR AT, § 4, S. 39
2) zur Entwicklung der Vertragsfreiheit vgl. Max Weber, S. 129 ff; Überblick auch bei Raiser, a. a. O.
3) Dies geschah unterschiedlich in den europäischen Rechtsordnungen und meist nur für Geschäfte des Vermögens-, speziell des Schuldrechts, also nicht für den Bereich des Personen-, Familien- und Erbrechts, vgl. Weber und Raiser, a. a. O.
4) Hier ist vor allem auf Grotius zu verweisen, der die Verbindlichkeit formloser Verträge aus der bindenden Kraft des Versprechens, einem überwiegend moraltheologischen Grundsatz, herleitete; dazu im einzelnen Diesselhorst, S. 39 ff; aufbauend darauf, aber emanzipiert von kirchlichen Glaubenssätzen, leistete Pufendorf wesentliche Beiträge zu einem neuen Schuldrechtsverständnis; vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 307 m. w. N.
5) dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 322 ff; Laufs, S. 120 ff

Recht als der Raum der Freiheit, der mit der Freiheit des anderen noch zusammen bestehen kann; Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftlicher Wille als Aktionsraum der autonomen Persönlichkeit)(1). Die aus der historischen Rechtsschule (2) gewachsene Pandektenwissenschaft (3) knüpfte an Savigny an, setzte aber weitere Akzente durch die Rechtsanschauung des Positivismus (4). Dieser beruhte auf dem Glauben, daß sich Rechtssätze und Entscheidungen aus System, Begriffen und Leitsätzen der Rechtswissenschaft ableiten ließen, aus einem geschlossenen System, das als "Quelle neuen Stoffes" dienen konnte (5). "Ethische, politische und volkswirtschaftliche Erwägungen sind nicht Sache des Juristen als solchen", sagte noch 1884 Windscheid (6).

Die an Kant und Savigny anknüpfende sittliche Begründung verblaßte im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (7). In der Wirtschaftsgesellschaft dieser Epoche, welche Freiheit keineswegs nur als sittliche Freiheit verstand, konnte der ethische Entwurf der Pandektenwissenschaft keine dauernde Nachfolge finden. Praktisch wurde die Freiheit der historischen Rechtsschule im Sinne des klassischen Individualismus verstanden (8). Insgesamt entsprachen aber rechtliche

---

1) Wieacker, a.a.O., S. 397 ff m.w.N.
2) vgl. Wieacker, a.a.O., S. 377 ff; Dahm, S. 117 ff
3) Hervorragende Vertreter sind Puchta, Gerber, Laband und Windscheid; siehe dazu Wieacker, a.a.O., S. 430 ff; Dahm, S. 124 ff
4) Im 2. Drittel des 19. Jahrhunderts hat der Positivismus als eine allgemeine Bewegung nahezu alle Geisteswissenschaften erfaßt. Aus der positivistischen Sozialphilosophie August Comtes und John Stuart Mills, aus der Entwicklungslehre Darwins entwickelte sich eine Gegenbewegung gegen das rational-deduktive Naturrecht, gegen die metaphysische Grundeinstellung der Philosophie und gegen Strömungen der Romantik. Sie verwarf alles, was sich nicht wägen, messen und berechnen läßt; es liegt ein von den Naturwissenschaften bestimmtes Weltbild zugrunde; vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 39 ff; Dahm, S. 125
5) Zu den verschiedenen Ausprägungen vgl. Dahm, S. 125 ff; detailliert auch Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 431 m.w.N.; Larenz, Methodenlehre, S. 20 ff
6) Die Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Gesammelte Reden und Abhandlungen (1904), S. 101, zitiert nach Wieacker, a.a.O., S. 431
7) vgl. Wieacker, a.a.O.
8) Wieacker, Sozialmodell, S. 12

Gestaltungsfreiheit, die sich in Vertrags-, Eigentums- und Vererbungsfreiheit ausdrückte, genau den Erwartungen der expansiven und extensiven Unternehmergesellschaft, dem emanzipierten Bürgertum in der Gründerzeit, das sich als Pionier des Fortschritts und Repräsentant der Einigungsbewegung verstand (1).

Wirtschaftspolitisch vorherrschend in der bis dahin entwickelten Eigentümer/Marktgesellschaft war das Konzept eines unreglementierten Warenaustausches, dessen alleinige Steuerungsfunktion die freie Konkurrenz der Marktteilnehmer ausüben sollte. Verteilungsschlüssel war der jedermann zugängliche Tauschmechanismus, der nach dem Gesetz von der "invisible hand" (Adam Smith) funktionierte und nicht nach Ergebnissen der Tauschakte fragte, sondern sich lediglich um die Voraussetzungen und die Gewährleistung des Marktsystem als solchem kümmerte (2).

Diese dominierende, institutionelle Verfahrensdimension kehrte auch in der Privatautonomie als juristischem Pendant wieder. Ihr ging es nicht in erster Linie um die Inhalte von Verträgen, sofern sie die Grenzen der §§ 134, 138, 306 BGB nicht überschritten; ihre Aufmerksamkeit zielte auf gewisse, primär personale Abschlußvoraussetzungen (§§ 104 ff, 116 ff BGB); im übrigen gab sie den Weg frei für beliebige Resultate, deren "Gerechtigkeit" sie aus dem Vertragsschluß als solchem destillierte, und deren Legitimation sie aus der sich in der Geschäftsvornahme dokumentierenden Selbstbestimmung des Menschen entnahmen (3). Dabei stand als Menschentyp den Verfassern des BGB der als frei und gleich gedachte "abstrakte Einzelmensch" vor Augen, der aus Bürger- und Kaufmannssinn gemischte "homo oeconomicus" (4). Das soziale Modell des BGB ist vornehmlich also auf Belange e i n e r Bevölkerungsschicht, nämlich auf das sogenannte Besitzbürgertum zugeschnitten, das seine mühsam errungene Emanzipation aus feudaler Verstrickung auch auf diesem Felde zu verteidigen dachte;

---

1) Wieacker, Sozialmodell, S. 13 f; vgl. Raiser, JZ 58, 2; E. Schmidt, JZ 80, 153, 155
2) E. Schmidt, JZ 80, 154
3) E. Schmidt, a.a.O., m.w.N.
4) E. Schmidt, a.a.O., im Anschluß an Boehmer, S. 11

dies konnte nur auf Kosten anderer Schichten und Berufsstände geschehen (1).

Alles in allem hat der Gesetzgeber dem Privatrecht ersichtlich nicht eine eigentlich soziale Aufgabe zuerkannt. Diese Einstellung beherrscht Schuld- und Sachenrecht (2). Anders als das justinianische Recht und die Kodifikationen stimmt das BGH in diesem "ius vigilantibus scriptum" mit dem klassischen römischen Recht überein (3).

Im Rahmen dieser Konzeption und des vorherrschenden individualistischen, formalen Freiheitsbegriffes ist die historische Funktion der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB zu begreifen. Ihr war im Grunde keine soziale Ordnungsfunktion über den Einzelfall hinaus zur Kontrolle eines allgemeinen Machtungleichgewichtes zugedacht. Sie sollte nicht materielle Freiheitsgedanken, z. B. im Sinne einer naturrechtlichen Vertragsgerechtigkeit, in das Gesetz hineintragen. Die Kontrollnorm der Privatautonomie fügte sich in das System zugleich als zusätzliche Absicherung der Gesellschaftsschicht, auf die das Gesetzbuch abstellt.

---

1) Grundlegend Wieacker, Sozialmodell, S. 15; so auch Raiser, JZ 58, 2; Coing, in: Festschrift Doelle, Bd. 1, S. 25 ff;
Kritisch H. P. Westermann, AcP 78 (1978), 150, 152 f;
Lesenswert bereits Otto von Gierke, S. 9, der das liberale Modell als Entwurf "einer atomisierten und mechanischen Gesellschaft" verworfen hat; vgl. noch Kübler in: Festschrift Raiser, S. 697, 707

2) Kennzeichnend ist der Wegfall der laesio enormis des Gemeinen Rechts, die Entscheidung gegen das materielle Äquivalenzprinzip der aristotelischen und vernunftrechtlichen Vertragsethik. Dem entspricht die Verwerfung der clausula rebus sic stantibus, die erstaunliches Vertrauen in die Konstanz der Verhältnisse demonstrierende Bestimmung der Geldschuld als Nennwertschuld, §§ 244 ff BGB, aber auch die Abstraktion der Übereignung und der Zession von der causa und die Begünstigung des gutgläubigen Erwerbs im Sachenrecht; vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 482

3) Wieacker, a. a. O.

Die klassisch-liberale Interpretation der "Guten Sitten" intendierte nicht eine Rezeption einer gesellschaftbezogenen Ethik, sondern verwies auf bestehende Vertrags-, Geschäfts- und Verkehrsmoral. In deren Existenz und Wirksamkeit fand man eine Gerechtigkeitsgewähr, die den Marktmechanismus ergänzte (1). Die Gesellschaft sollte autonom Inhalt und Grenzen der Freiheit bestimmen. Teubner (2) bezeichnet dies zutreffend als Fiktion einer homogenen Moralvorstellung des Bürgertums im 19. Jahrhundert.

Aus gutem Grund ersetzte man daher in den Beratungen den Begriff der "Sittlichkeit" durch den der "Guten Sitten"(3)."Dadurch wird darauf hingewiesen, daß das jeweilige Volksbewußtsein, nicht diese oder jene theoretische Ansicht über die Anforderungen der Sittlichkeit entscheidend ist" (4). In diesem Zusammenhang wird die Formel vom Anstandsgefühl verständlicher. Hier reiht sich auch ein, daß der Reichstag eine Aufnahme des Begriffes der "öffentlichen Ordnung" als zu weitgehend und unbestimmt in die Generalklausel ablehnte (5). Trotz der gewählten weiten Fassung der Norm sollte dem Richter keine Rechtssetzungsbefugnis eingeräumt werden. Die damaligen Bedenken formulierte der Abgeordnete Gröber in der Diskussion um den Begriff der "öffentlichen Ordnung":

> "Sie wollen aus einem 'Prinzip', welches in der Verfassung oder in irgendeinem Gesetz zum Ausdruck gebracht ist, eine öffentliche Ordnung für jeden Einzelfall konstruieren, während doch jeder weiß, daß ein solches Prinzip erst der Ausgestaltung im einzelnen durch die Gesetze bedarf, um auf die einzelnen Fälle direkt angewendet werden zu können." (6)

---

1) Teubner, S. 52 f
2) S. 116
3) so zutreffend Teubner, S. 53, vgl. H. Schmidt, S. 144 f
4) so bereits Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Einleitung und Allg. Teil, S. 190
5) Auffällig ist, daß gerade die sozialdemokratischen Abgeordneten um die Aufnahme des Begriffes kämpften; vgl. H. Schmidt, S. 145 ff; auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird bereits anläßlich der Beratungen des Gesetzes das Problem der "öffentlichen Ordnung" unter dem Gesichtspunkt einer gesellschaftsbezogenen Moral diskutiert, was als Versuch angesehen werden kann, den Individualismus der liberalen Ära zugunsten einer sozialen Auffassung des Rechts zu überwinden; vgl. die Nachweise bei H. Schmidt, S. 147 ff
6) Stenographische Berichte, 110. Sitzung vom 20. 6. 1896, IX, IV, 4. Bd., S. 2763 - zitiert nach H. Schmidt, S. 147, Fn. 338

Charakteristisch für die Auslegung ist auch der in der Rechtsprechung (1) vertretene Standpunkt, daß selbst bei sittenwidrigem Geschäftsinhalt Kenntnis der Parteien erforderlich sei. Im Vordergrund der Norm stand weniger der Regelungs- als der Handlungsunwert des Geschäfts. Dementsprechend ist auch gerade der Wucherparagraph des § 138 Abs. 2 BGB mit sehr starken subjektiven Elementen ausgestattet worden, die den Vorwurfscharakter der Norm herausstellen.

Wie stark der Standpunkt des wirtschaftlichen Liberalismus auch die vom Gesetzgeber bezweckte Funktion der Generalklausel beeinflußte, zeigt auch die damalige Diskussion um den Sondertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB; der Abgeordnete Lenzmann, dem sogar die zusätzliche Einfügung des § 138 Abs. 2 BGB zu weit ging, führte aus:

> "Sie müssen den Schwachen, dessen Schwachheit oft nur in Denkträgheit besteht, nicht überall mit dem Richter schützen wollen; der Einzelne muß im wirtschaftlichen Leben sich selbst schützen und vor Leichtsinn hüten, und wenn ein solcher Leichtsinniger sich einmal verbrennt, so ist das für ihn ganz heilsam, er muß eben seine Erfahrungen machen und sich Sachkenntniß erwerben, und hat er dieselbe nicht, so muß er eben von solchen Geschäften fernbleiben." (2)

Die Fiktion einer homogenen Moral machte die Rezeption sozialer (bürgerlicher) Normen theoretisch problemlos. Praktisch sollte sie über die Moralvorstellungen der Richter, die durch Herkunft und Ausbildung als Repräsentanten der bürgerlichen Gesellschaft ihrer Zeit angesehen wurden, vollzogen werden (3).

c) Der Funktionswandel im Zivilrecht

Das BGB hat keine Blüte des liberalen Zeitalters eingeleitet, sondern steht an seinem Ende (4). Ökonomische, technische und soziale Gegebenheiten und Veränderungen und die daraus herrührenden Regelungsbedürfnisse bewirkten eine stille, aber vollkommene Umwälzung des

---

1) RGZ 97, 253, 255; 160, 52, 58
2) Stenographische Berichte, 110. Sitzung vom 20. 6. 1896, IX, IV, 4. Bd., S. 2767 - zitiert nach H. Schmidt, S. 140, Fn. 301, 302
3) Teubner, S. 54 f
4) Raiser, JZ 58, 2

Sozialbildes, das dem heutigen Privatrecht zugrunde liegt (1).

Gemeingut selbst liberaler Wirtschaftstheorie ist geworden, daß das Spiel der wirtschaftlichen Kräfte nicht sich selbst überlassen bleiben darf, weil es nicht automatisch zum Gleichgewicht oder zu Harmonie führen und dadurch den sozialen Frieden sichern kann (2), sondern durch die Übermacht einzelner Partner oder Gruppen bedroht ist. Das System muß also vom Recht gestützt, eingegrenzt und gegen Mißbrauch gesichert werden, um leistungsfähig zu bleiben.

Stellte sich bei Inkrafttreten schon das Problem der vom Modell Ausgeschlossenen, ging es in der Folgezeit, vor allem seit dem 1. Weltkrieg, auch darum, daß ein Wandel der Gesellschaftsstruktur zur sog. industriellen Massengesellschaft sichtbar wurde (3). Das "Bürgertum" wurde durch ständige Erweiterung eine zur Auflösung tendierende Gruppe, wie Brecher (4) es ausdrückt. Der Rechtsgenosse ist nur noch zum kleinsten Teil auf sich gestellt, in seinem Handeln autonom, zum größten Teil aber auf Teilfunktionen im wirtschaftlichen Gefüge beschränkt. Nicht einzelbezogen, sondern in Gruppen, Verbänden erfolgt die Artikulation. Der "homo oeconomicus" liegt der allgemeinen Gesetzesanwendung nicht zugrunde; in wesentlichen Bereichen steht der wirtschaftlich Schwächere dem Produzenten und Anbieter ungleichgewichtig gegenüber.

Auf das so entstandene Regelungsbedürfnis haben Legislative und Rechtsprechung reagieren müssen.

Arbeits- und Sozialrecht haben sich unabhängig vom Zivilrecht herausgebildet, sonderprivatrechtliche Bereiche wie das Wettbewerbsrecht und das Versicherungsrecht sind entstanden (5). Auch das allgemeine Privatrecht konnte sich der Hinwendung zum Sozialstaat nicht entziehen. Zum Schutze des Schwächeren wurden bestehende Regelungen, z. B. das Mietrecht, grundlegend umgestaltet, neue Materien, z. B. das Reisevertrags-

---

1) Wieacker, Sozialmodell, S. 23; Raiser, a. a. O., S. 3; Teubner, S. 116
2) vgl. Bartholomeyczik, AcP 166 (1966), 30, 35 m. w. N.
3) Raiser, a. a. O., m. w. N.
4) in: Festschrift Molitor, S. 35, 36 f; so auch H. P. Westermann, AcP 78 (1978), 153
5) vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 543 ff; E. Schmidt, JZ 80, 155 f

recht, eingefügt. Das Abzahlungsgesetz ist mehrfach novelliert worden; letztlich wirkt das neugeschaffene AGBG tief auf das allgemeine Zivilrecht ein.

Einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung eines veränderten Sozialmodells hat auch die Rechtsprechung geleistet (1). Als Beispiel sei auf die Umwandlung des Schuldrechts hingewiesen, das zu einer "umfassenden Berechtigungs- und Pflichtenordnung" (2) geworden ist. Das Schuldverhältnis wurde als "Organismus" erkannt, aus dem nicht nur Nebenpflichten und Schutzpflichten, sondern auch vorvertragliche Pflichtbindungen (3) erwachsen. Erwähnung finden sollte auch die Anerkennung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gegen die ablehnende Haltung des BGB zu "clausula rebus sic stantibus" (4), die Wiederbelegung des Vertrauensgrundsatzes und die mit dem Stichwort "Produzentenhaftung" bezeichneten Bemühungen der Rechtsprechung, die Verantwortung des Warenherstellers zu verschärfen (5).

d) Der Funktionswandel der Generalklausel

Die Fehleinschätzung des Spiels der wirtschaftlichen Kräfte und die Wandlung gesellschaftlicher Verhältnisse bewirkten auch einen Funktionswandel der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB.

In beiden Entwicklungen erwiesen sich gesellschaftliche Moralnormen als ungeeignet, eine neue Ordnung zu schaffen bzw. ein gestörtes Gleichgewicht wiederherzustellen. Die ihres moralischen Charakters weitgehend entkleideten "Guten Sitten" wurden zu Mitteln staatlicher Wirtschaftspolitik und zur Kontrolle sozialer Macht. Aus "Stiefkindern des Rechts" wurden "verhätschelte Lieblingskinder" (6).

---

1) dazu Wieacker, Sozialmodell, S. 23 f; ders., Privatrechtsgeschichte, S. 514 ff, der von "der bedeutendsten Leistung einer oft weltfremd gescholtenen Ziviljurisprudenz" spricht.
2) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 519
3) siehe hierzu auch Larenz, in: Festschrift Ballerstedt, S. 397 ff m. w. N.
4) dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 520
5) dazu Palandt-Thomas, § 823 Anm. 16 mit detaillierten Nachweisen
6) F. Neumann, S. 65; Teubner, S. 57

Exemplarische Beispiele für die Entwicklung des § 138 Abs. 1 BGB sind die Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch (1), zu Knebelungsverträgen (2), zur Kollision von Banken- und Warenkredit (3), zum Verstoß gegen wirtschaftliche Schutzvorschriften (4).

Esser (5) und ihm folgend Teubner (6) weisen zutreffend darauf hin, daß zumindest auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts, des Kreditrechts und der Marktordnung das Prädikat "sittenwidrig" schlicht irreführend ist. Die Berufung auf "ein angebliches überpositives und unwandelbares Sittengesetz" dient "nur der richterlichen Autorität" (7). Die "bombastische Judizierung unter dem Stichwort Sittenwidrigkeit" verschleiert "die eigentliche wirtschaftspolitische Frage" (8).

Die Begründung mit gesellschaftlichen Moralvorstellungen deckt sich nicht mehr mit den Funktionen, die die Rechtsprechung selbst der Generalklausel zugewiesen hat. Die "Verweisungsnorm" ist umgedeutet worden in eine Direktivnorm, wodurch sich die in der Generalklausel "enthaltenen" Verhaltensnormen aus "substantiellen" Normen, d.h. konkret gesellschaftlichen Regeln und Gefühlsurteilen, die völlig "irrational" sein können, wandeln zu "funktionellen" Normen, d.h. solchen Regeln, die den reibungslosen Verlauf einer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung garantieren (9). In der Funktion werden aus Rechtsanwendungsregeln Rechtssetzungsregeln bzw. Ermächtungsnormen (10).

e) Neue Präzisierungsversuche in der Literatur

Diesen Funktionswandel erkennend, werden die Bemühungen in der neueren Literatur um Präzisierung der Sittenwidrigkeit nach Inhalt,

---

1) dazu Soergel-Hefermehl, § 138 Rdnr. 26, 85 ff
2) dazu Mayer-Maly in MK, § 138, Rdnr. 66; Soergel-Hefermehl, § 138 Rdnr. 96 ff
3) dazu Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 149 ff
4) dazu Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 164 ff
5) Werte und Wertewandel, S. 35 ff
6) S. 47, 59
7) Esser, a.a.O., S. 38
8) Esser, a.a.O., S. 37; Teubner, S. 46 f
9) so grundlegend Teubner, S. 59
10) Teubner, a.a.O.

Methode und Funktion verständlich. So versucht Arzt, der die Generalklausel als Normbildungsauftrag versteht, das Richterrecht durch inhaltliche und methodische Kriterien abzusichern. Die Wertentscheidung des Richters müsse unter Beachtung der Natur der Sache, der in der Rechtsgemeinschaft und in der Rechtsprechung vertretenen Anschauung und der Praktibilität der Entscheidung unter besonderer Berücksichtigung der beteiligten Kreise gefällt werden (1). Nach Eike Schmidt (2) führt das Sozialstaatsprinzip der Art. 20, 28 GG zu einer inhaltlichen Neubestimmung der Privatautonomie. Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB, der "wichtigsten Kontrollnorm im Privatrecht" (3), bedeute danach nichts anderes als "soziale Ungerechtigkeit" (4). Es erscheint zweifelhaft, ob man ein gescheitertes "liberales Modell" durch ein starres "soziales Modell" ersetzen sollte (5), insbesonders unter Berücksichtigung der weitgehenden Neutralität des Grundgesetzes zur Wirtschaftsverfassung (6); im übrigen wird nur eine alte Hohlformel durch eine neue ersetzt (7). Esser begreift die guten Sitten als "Standards" (8). Nach dem Vorgang der anglo-amerikanischen Doktrin (9) definiert er "Standards" als "Rechtsnormen", die eine Verweisung auf common sense, Anschauungen und Verhaltensweisen des 'normalen' Verkehrs enthalten (10). Den Inhaltswandel kennzeichnet auch der Versuch von Simitis, den Begriff der guten Sitten durch den "ordre public" (11) zu füllen.

Teubner (12) knüpft an Simitis und Esser an; er ist vor allem um eine Differenzierung des Standardbegriffes bemüht. Er kommt zu dem

---

1) Arzt, S. 99; vgl. auch den Ansatz von Haberstumpf, S. 79 ff; siehe noch Teubner, S. 43 f
2) in Esser-Schmidt, S. 4 ff; Schmidt JZ 80, 153 ff
3) Esser-Schmidt, S. 86
4) Esser-Schmidt, S. 6; dahingehend auch Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 393 ff
5) Kollhosser, Erkenntnisverfahren, S. 45 f, weist zutreffend darauf hin, daß an die Stelle des überwundenen Gesetzespositivismus nicht ein neuer Verfassungspositivismus treten sollte.
6) BVerfGE 50, 290, 338; grundsätzlich dazu Roscher, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem
7) vgl. auch die Kritik von Jürgen Schmidt, AcP 176 (1976), 381 ff
8) siehe im einzelnen Esser, Grundsatz und Norm, S. 150
9) dazu Esser, a. a. O., S. 182 m. w. N.
10) Esser, a. a. O., S. 96
11) siehe oben A II 1 c, S. 13 ff; 12) S. 60 ff

Ergebnis, daß im "Kernbereich" die Gute-Sitten-Klauseln ihre ursprüngliche Standardfunktion als Verweisungsnorm behalten haben. Für die Rezeption des außerrechtlichen sozialen Ordnungsgefüges verweist er auf die Möglichkeiten der sozialwissenschaftlichen Analyse (1). Fallgruppen sollen Standes- und Branchensitten der Wirtschaft, Wettbewerbsregeln und der Sittenkodex der freien Berufe sein (2). Soweit im sozialen Wandel soziale Normen ihre Geltung verloren haben oder erst im Entstehungszustand sind, können nach Teubner kollektive Wertvorstellungen Ausgangspunkt für rechtliche Verhaltensnormen sein. Richterliche Aufgabe ist die Transformation (3). Eine beispielhafte Fallgruppe vermag er wegen "flüssiger Grenzen" nicht zu benennen (4). Als Ergebnis des Funktionswandels existiert letztlich ein Bereich, in dem § 138 Abs. 1 BGB Delegationsfunktion hat. Dem Richter sind genuin gesetzgeberische Aufgaben übertragen. Der Richter benutzt die Generalklausel zur Kontrolle sozialer Macht und richtet wenigstens in Ansätzen eine Rahmenordnung auf. Außerrechtliche Einflüsse im Sinne einer öffentlichen Meinung (5) sind nur informativer und limitativer Faktor richterlicher Entscheidung (6). Die richterliche Rechtsetzungsbefugnis ist an "einen gesetzlichen Rahmen auch im Raum des 'freien' Richterrechts gebunden" (7), an "verfassungsrechtliche Wertmaßstäbe"; kontrolliert wird sie durch die juristische Öffentlichkeit, die Gerichtshierarchie (8). Fallgruppen sind vor allem die "wirtschaftspolitischen Entscheidungen" (9).

Folgt man diesem Funktionsmodell zur Einordnung der Thematik dieser Arbeit, stellt sich die Frage, ob zur Begrenzung der Wirksamkeit von

---

1) Teubner, S. 68 ff, 116
2) ders., S. 92 ff
3) ders., S. 99 ff, 117 f
4) ders., S. 105 f
5) Zur Differenzierung zwischen dem klassisch-liberalen und dem sozialpsychologischen Begriff, Teubner, S. 112 ff
6) Teubner, S. 118
7) insoweit weiter als Simitis, vgl. dort S. 189 f
8) Teubner, S. 107
9) ders., S. 58, 114; siehe oben A II 2 d

Konsumentenkrediten gesellschaftliche Moralvorstellungen aufgezeigt werden können, die für die Rechtsprechung eine ausreichende Basis darstellen, um rezipiert oder auch nur transformiert werden zu können.
Für diese Arbeit steht eine empirische Untersuchung zur Beantwortung der Frage nicht zur Verfügung; der Wert einer solchen sozialwissenschaftlichen Analyse ist aber auch zumindest im zu untersuchenden Problemkreis äußerst fraglich.

Zur Einordnung steht ein komplexes Vertragsgebilde mit unterschiedlichen Ausgestaltungen, Kreditbedingungen, Formulierungen, zusätzlichen Versicherungen und Maklerverträgen. Der Kreis der Konsumenten als Kreditnehmer gehört allen Bevölkerungsschichten und Berufssparten an, als Anbieter stehen Großbanken, Sparkassen, Teilzahlungsbanken und Vermittler gegenüber. Inhalte und Bedingungen verändern sich im Wandel der Marktverhältnisse, alte Vertragsgestaltungen weichen kontinuierlich neuen Konzeptionen. Isolierte Kreditverträge bedürfen der Bewertung ebenso wie aufgedrängte Kopplungsgeschäfte.

Teubner (1) selbst muß eingestehen, daß es "sinnlos ist, in Fragen komplizierter wirtschaftlicher Sachverhalte eine Bevölkerungsumfrage zu starten, die notwendig über das Informationsniveau und das Problembewußtsein der Befragten hinausgeht." Ebenso gesteht Esser (2) ein, daß die Berücksichtigung kollektiver Wertvorstellungen insgesamt diskreditiert wird, wenn "auf Gebieten wirtschaftstechnischer Überlegung" sittliche Evidenzen gesucht werden. Ein möglicherweise feststellbarer consensus in der "öffentlichen Meinung", wie auch immer man diese definieren mag, über einen Verbraucherschutzgedanken, über die Mißbilligung wucherischen Verhaltens oder die Übervorteilung des schwächeren Vertragspartners ist der komplexen Sachentscheidung nicht dienlich.

---

1) S. 106
2) Werte und Wertewandel, S. 37 f

f) Das Ergebnis

Im Ergebnis kann nur konstatiert werden, daß brauchbare, außerrechtliche Kriterien im Rahmen dieser Untersuchung zur Konkretisierung der Generalklausel, zur Begrenzung ihres Anwendungsbereiches, nicht verfügbar sind. Der ursprüngliche Verweisungscharakter auf eine tatsächliche Geschäfts- und Vertragsmoral versagt zumindest für den speziellen Anwendungsbereich. Soweit Wieacker in der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB Übereinstimmung mit naturrechtlichem Gedankengut aufzeigt, sind in der Tat erstaunliche Parallelen feststellbar. Die Norm ist aber weder als Verweis auf eine autonome Ethik konzipiert noch dient ein Rückgriff darauf der Operationalisierbarkeit der "Guten Sitten".

Auch wenn der Sinn, in dem die Vorschrift gesetzt worden ist, sich gewandelt hat, war dem historischen Gesetzgeber schon bewußt, daß "dem richterlichen Ermessen ein Spielraum gewährt" wird, "wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher fremd ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen" (1). Dabei lag ein weitergehendes Regelungsbedürfnis außerhalb der Vorstellungskraft des Gesetzgebers. Die Relativität des Begriffs der "Guten Sitten" setzt aber einem möglichen Anwendungsbereich kaum Grenzen. Die weite Formulierung, die fehlende Definition im Vertrauen auf eine sachgerechte Handhabung durch die Richterschaft, bedeutete schon damals im gewissen Umfang ein Verzicht auf die Kontrolle der richterlichen Entscheidung. § 138 Abs. 1 BGB ist als eine der Kontrollnormen zum Schutze des Systems des Zivilrechts konzipiert, als "Auge" der Rechtsprechung im durchnormierten Gefüge des Gesetzes. In diesem Sinne hat es die Rechtsprechung über das Vorstellungsbild des Gesetzgebers hinaus, aber innerhalb der allgemeinen Funktion, dem Schutze der Vertragsfreiheit, ausgebaut.

Schon aus Art. 20 Abs. 3 GG, der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und "Recht" folgt, daß der dritten Gewalt keine rechtlich bindungs-

---

1) Motive, Bd. I, § 106, S. 211

lose Freiheit eingeräumt werden kann (1). In diesem Sinne hat der Rückgriff von Simitis auf den "ordre public" seinen berechtigten Platz. Entscheidungen der Gerichte müssen sich daher in das Gefüge der Grundrechtsbestimmungen, des Sozialstaats- und Rechtsstaatsprinzips, der allgemeinen Rechtsgrundsätze, der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Lehren einpassen. Auch Vorschriften anderer Rechtsgebiete können von Bedeutung sein (2). Der Richter muß spezialgesetzliche Regelungen beachten, Wertungswidersprüche vermeiden, das Gebot der Rechtssicherheit im Auge behalten, die gegenüberstehenden subjektiven Rechte abwägen (3); seine Entscheidung ist durchaus eingebettet in das "Sinnganze", wie Simitis es formuliert (4). Insoweit findet Simitis berechtigterweise Zustimmung in der Literatur (5). So räumt Larenz (6) ein, daß vor allem dann, wenn die "herrschende Moral" kein eindeutiges Urteil erlaube, weil sie in dieser Frage unsicher, zwiespältig oder ungewiß sei, die Gerichte sich an den Wertungsmaßstäben der Rechtsordnung zu orientieren hätten. Flume (7) argumentiert, daß die Bezugnahme auf die "Guten Sitten" den Maßstab für die Konkretisierung der leitenden Prinzipien unserer Rechtsordnung abgebe.

Den Kritikern von Simitis ist zuzustimmen, daß die alleinige Definition der "Guten Sitten" durch den "ordre public" zu eng ist. Die historische Aufarbeitung der Entwicklung der Norm hat gezeigt, daß neue Regelungsbedürfnisse entstehen können, daß Grundwertungen von Rechtsgemeinschaften dem Wandel unterliegen (8). Es kann für diese Untersuchung dahingestellt bleiben, in welchem Umfang eine "herrschende Sozialmoral" (9), "soziale Normen" (10) für Teilbereiche der Anwendung

---

1) vgl. dazu Hamann/Lenz, Art. 20, Anm. 9 a, aa, m.w.N.
2) Simitis, S. 172 f; Esser, Grundsatz und Norm, S. 51
3) vgl. allgemein Kraft, Interessenabwägung und Gute Sitten im Wettbewerb
4) a.a.O., S. 174
5) Larenz AT, § 22 III, S. 399 - "richtiger Kern"; Flume § 18, 1; Esser-Schmidt, S. 86; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 8, 9 m.w.N.
6) a.a.O., S. 400
7) a.a.O.
8) so auch Mayer-Maly in MK § 138, Rdnr. 18
9) so Larenz AT, § 22 III, S. 398
10) so Teubner, S. 68 ff

operationalisierbare Kriterien liefern können. Soweit sie es nicht tun, wie im hier zu untersuchenden Bereich, bleibt nur die Anerkennung eines möglichen Freiraumes (1) richterlicher Entscheidung. Die Rechtsprechung kann befugt sein, neue Bewertungsschwerpunkte zu setzen, Rechtsprechungsgrundsätze zu ändern, Rechtsprinzipien zu ersetzen (2). Die Grenze, ob und inwieweit bereits der "ordre public" diese Neuorientierung fordert, ist fließend und kaum zu bestimmen. § 138 Abs. 1 BGB ermöglicht aber durchaus innerhalb des bestehenden Freiraums die Einbeziehung außerrechtlicher Einflüsse; einer Kontrolle der Rechtsprechung sind diesbezüglich Grenzen gesetzt (3). Erkennt man dies an, kann auf eine Scheinlegitimation durch die Anstandsformel verzichtet werden (4).

---

1) Larenz AT § 22 III, S. 400, spricht von einem Beurteilungsspielraum

2) vgl. allgemein noch Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, S. 44 f, der darauf hinweist, daß Rechtsnormen auf einer mehr oder weniger geglückten Wertentscheidung des Gesetzgebers beruhen und daß durch Veränderung von Wertvorstellungen und Interessenlage Regelungsbedürfnisse entstehen können, die eine Rechtsfortbildungsverpflichtung der Gerichte auslösen.

3) Einer mittelbaren Kontrolle ist der Richter durch die öffentliche Verhandlung, den Begründungszwang, durch die Diskussion in der juristischen Öffentlichkeit unterworfen. Der Instanzenzug der Gerichte wirkt korrektiv. Die Rechtsfortbildung kann legislativ verändert werden. Daß Freiräume dennoch die Gefahr des Mißbrauchs erzeugen, ist nicht zu leugnen, aber auch nicht zu ändern; vgl. allgemein Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung; zu den möglicherweise zu ziehenden rechtspolitischen Konsequenzen, z. B. durch Bildung eines "pluralistisch" zusammengesetzten Fortbildungssenates, siehe Teubner, S. 107 m. w. N.

4) Die verfassungsrechtliche Legitimation und Abgrenzung zu legislativen Kompetenzen soll hier nicht weiter vertieft werden; vgl. ausführlich Larenz, in: Festschrift
Henkel, S. 31, 39 ff m. w. N.; Kübler,
JZ 69, 645 ff; Teubner S. 107 f; dazu auch BVerfG NJW 73, 1221 ff; in der Entscheidung wird die Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung, dergemäß bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entgegen § 253 BGB Schadensersatz für immaterielle Schäden beansprucht werden kann, mit dem Grundgesetz bejaht; dem BGH wird eine umfassende Rechtsfortbildungsbefugnis trotz gesetzgeberischer Vorbereitungen zur Lösung der Frage zugebilligt; sehr aufschlußreich insbesonders BVerfG a. a. O., 1226; nach dieser Entscheidung dürfte die verfassungsrechtliche Konformität im Hinblick auf die Gewaltenteilung kaum zweifelhaft sein; siehe auch unten 3. Kap. A III 2, S. 117 f

Erst nach einer Analyse der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten kann festgestellt werden, ob die Entscheidungen einer innerrechtlichen Kontrolle standhalten. Im Zusammenhang damit bedarf auch die Funktion des § 138 Abs. 1 BGB konkret im Bereich der Äquivalenzstörungen ergänzend der Darstellung.

III. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes

Ein Sittenverstoß macht das Rechtsgeschäft im allgemeinen insgesamt nichtig, da es dem Konzept des § 138 BGB widerspricht, "dem gegen die guten Sitten Handelnden einen Teilerfolg zu belassen" (1).

Gem. § 139, 2. Halbs. BGB kann ein Rechtsgeschäft ohne den sittenwidrigen Teil aufrechterhalten bleiben, wenn dies dem Parteiwillen entspricht (2). Dies gilt aber nur, wenn sich die Sittenwidrigkeit eindeutig auf einen abtrennbaren Teil beschränkt, und im übrigen gegen Inhalt und Zustandekommen des § 138 BGB keine Bedenken bestehen (3). Eine Befreiung vom sittenwidrigen Übermaß ist vor allem bei Bierbezugsverträgen mit zu langer Bindung angenommen worden (4). Bei Wucherverträgen (5) und für ein infolge Machtmißbrauches überhöhtes Entgelt (6) wird von der h. M. (7) eine Anpassung abgelehnt.

Nicht ohne weiteres bewirkt die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes auch die des neutralen Erfüllungsgeschäftes (8); in den Fällen, in denen der Sittenverstoß in einem Verhalten gegen den Vertragspartner besteht, wird allerdings eine Erstreckung der Nichtigkeit angenommen (9). Dies gilt nach h. M. nicht für das Erfüllungsgeschäft des wucherischen

---

1) BGH NJW 59, 1971, 1972; Mayer-Maly in MK, § 138, Rdnr. 131
2) BGHZ 52, 17, 24; NJW 72, 1459
3) NJW 79, 1605, 1606
4) BGH NJW 72, 1459; WM 73, 357, 358; vgl. aber auch BGHZ 52, 17, 23, 24
5) BGHZ 44, 158, 162; OLG Celle NJW 59, 1971, 1972; Mayer-Maly in MK, § 138, Rdnr. 136
6) BGH NJW 58, 1772; Staudinger/Dilcher § 138, Rdnr. 108
7) a. A. Lindacher AcP 173 (1973), 131 ff
8) BGH NJW 73, 613, 615; Palandt-Heinrichs § 138, Anm. 1 e
9) Palandt-Heinrichs, § 138, Anm. 2 c, 4 b; Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 44, 45

Darlehensgebers (1). Dieser ist bei Rückforderung des Darlehensbetrages auf § 812 BGB beschränkt, der durch § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen wird. Seit der Entscheidung des Großen Senates für Zivilsachen des Reichsgerichtes vom 30. 6. 1939 (2) gilt in ständiger Rechtsprechung (3), daß § 817 S. 2 BGB die Rückforderung des Kapitales nicht verbiete (4). Da Kapitalnutzung in ihrer zeitlichen Begrenzung und Nutzungsvergütung die Leistungen der Parteien seien, die ausgetauscht würden, sei Rechtsfolge des § 817 BGB, daß der Darlehenswucherer dem Bewucherten diese zeitweilige Nutzung trotz Nichtigkeit des Darlehensgeschäftes nicht entziehen darf (5). Der Kreditgeber kann also sein Geld erst zu diesem Zeitpunkt zurückfordern, in dem es bei Gültigkeit des Vertrages zu zahlen wäre; ein Zinsanspruch steht ihm nicht zu, eine Anwendung von § 818 Abs. 1 oder § 818 Abs. 2 BGB steht § 817 S. 2 BGB entgegen (6). Nur eine Mindermeinung in der Literatur bejaht ein vorzeitiges Rückforderungsrecht des Darlehensgebers (7) oder eine angemessene Vergütung für die Zeit der kapitalen Nutzung (8); im Ergebnis kommt dies einer Übermaßbeseitigung bei Nichtigkeit des Vertrages gleich (9).

---

1) Palandt-Heinrichs, § 138 Anm. 4 b; Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 49, str., vgl. Staudinger/Dilcher § 138, Rdnr. 111 m. w. N.
2) RGZ 161, 52 ff
3) BGH WM 62, 606; 63, 834
4) zum differenzierten Leistungsbegriff des RG, vgl. Honsell, S. 21 ff
5) RGZ 161, 52, 56, 57; die umfangreiche Problematik der Rückabwicklung sittenwidriger Verträge wird umfassend von Honsell behandelt, insbesonders die rechtspolitischen Bedenken zur RG-Rechtsprechung, S. 17 ff, der Meinungsstand, S. 32 ff, die ratio juris des § 817 S. 2 BGB, S. 58 ff
6) RGZ 161, 52, 56; BGH NJW 62, 1148; WM 75, 128, 129; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 4 b u. § 817 Anm. 3 c bb m. w. N.
7) Hoff, AcP 156 (1956), 483 ff; Bufe AcP 157 (1957), 215, 228 f
8) Medicus, Rz. 700 m. w. N.; Reich JZ 80, 329, 334
9) vgl. Hadding, S. 226

B. Das Konsumentenkreditgeschäft

I. Die Rechtsnatur

1. Der Kredit

Der Begriff des Kredites wird in der Literatur mit dem des Gelddarlehens gleichgesetzt (1). Unter Hinweis auf die Aufzählung der Kreditarten in § 19 Abs. 1 KWG, die allerdings mit Rücksicht auf die staatliche Aufsicht über das Kreditgeschäft der Kreditinstitute normiert worden sind, definiert Hadding (2) den Begriff umfassender: Ein Beteiligter eines gegenseitig verpflichtenden Schuldverhältnisses räumt einem anderen einen Kredit ein, wenn er eine Vorleistung erbringt, also darauf verzichtet, seine eigene Leistung nur Zug um Zug gegen das Bewirken der Gegenleistung zu erbringen. Von dieser Definition werden also Zahlungsaufschübe, das "Anschreibenlassen" oder Stundungen erfaßt (3). Ähnlich weitgehend definiert auch Stauder (4) im Anschluß an die Definition der OECD den Kredit, bezogen auf Konsumenten, als jedes Geschäft, das es dem Verbraucher unmittelbar oder mittelbar ermöglicht, über eine wirtschaftliche Leistung (Sach-, Dienst- oder Werkleistung) sofort zu verfügen und die Gegenleistung später zu erbringen (5). Ungeachtet

---

1) Palandt-Putzo, Einf. v. § 607 Anm. 3; Esser-Weyers, § 26 I, S. 216 f; Reich JZ 80, 329, 331; Dittrich, S. 3 m. w. N.; weitergehend Reifner, Konsumentenkredit, S. 113 ff, insbes. S. 116, der den Kredit als die "befristete Bereitstellung und Inanspruchnahme von Kaufkraft" begreift, um der Entwicklung der Geldwirtschaft vom Geldgeld zur Banknote und zum Giralgeld, das u. U. gar nicht zur Barauszahlung gelangt, begriffsmäßig Rechnung zu tragen.
2) S. 31
3) vgl. auch Art. 1 Abs. 2 Buchst. c des Richtlinienvorschlages der EG über Verbraucherkredit, wonach ein Kredit einem Verbraucher "in Form eines Zahlungsaufschubes, eines Darlehens oder Versprechung eines Darlehens oder einer sonstigen Finanzierungshilfe" gewährt werden kann.
4) ZRP 80, 212, 217, 218
5) OECD, Protection des consommateurs dans la domaine du crédit à la consommation, Rapport du Comité de la Politique à l' égard des Consommateurs, Paris 1977 - zit. nach Stauder, ZRP 80, 218 FN 5

der Begriffsbestimmung des Kredites im Rechtssinne (1) ist die Problematik der Sittenwidrigkeit auf die Gelddarlehen der Kreditinstitute beschränkt (2).

2. Das Darlehen

Unter einem Darlehen ist, nach dem wirtschaftlichen Sinn und Zweck, die - entgeltliche oder unentgeltliche - Überlassung eines bestimmten Kapitals, meist einer Geldsumme, zu zeitweiliger Nutzung zu verstehen (3). Der Darlehensvertrag ist ein Konsensualvertrag, der die Parteien bereits vor Hingabe des Kapitals verpflichtet (4). Die Auszahlung der Darlehensvaluta geschieht bereits in Ausführung des Vertrages, sie ist Beginn der Erfüllung (5). Die umständliche Konstruktion eines Vorvertrages, zu der die Realvertragstheorie genötigt ist, entspricht nicht mehr der Praxis des modernen Kreditverkehrs (6).

Das verzinsliche Darlehen ist ein gegenseitiger Vertrag i. S. d. §§ 320 ff BGB (7). Im Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen die Verschaffung und Belassung des Kapitals für die vereinbarte Laufzeit einerseits und die Zinszahlung, Bestellung abredegemäßer Sicherheiten, Übernahme sonstiger Pflichten andererseits (8). Der Anspruch des Kreditgebers auf Rückzahlung des Darlehens dient nur der Abwicklung des Vertrages; im Synallagma steht er nicht (9). Aus der Einsicht,

---

1) zur bankwirtschaftlichen Definition vgl. noch Szagunn, Neumann, Wohlschuß, § 19 Anm. 1 m. w. N.
2) vgl. Gundlach, S. 45
3) Larenz SchR II, § 51 I, S. 224
4) so die h. M. in der Literatur: Larenz, a. a. O., S. 228 f; Esser-Weyers, § 26 II, S. 219; Haase, JZ 75, 317, Palandt-Putzo, Einf. v. § 607, Anm. 1; a. A. die Rechtspr., insbes. die ältere: RGZ 86, 324; BGH LM § 607 Nr. 11; der Theorienstreit hat bei richtiger Handhabung wenig praktische Bedeutung, dazu Neumann-Duesberg, NJW 7o, 1403 ff
5) Larenz, a. a. O., S. 228
6) so auch Palandt-Putzo, a. a. O.
7) Larenz, a. a. O., S. 226; Palandt-Putzo, a. a. O.
8) Palandt-Putzo und Larenz, a. a. O.; für das Bankdarlehen BGH WM 62, 1265
9) Esser-Weyers, § 26 III, S. 222

daß jedes Darlehen sinngemäß die Pflicht des Darlehensgebers einschließt, dem Nehmer das gegebene Kapital für die Darlehenszeit zu belassen - eine Pflicht, deren Erfüllung sich, ebenso wie bei der Miete und der Leihe, als eine Dauerbindung darstellt - ergibt sich, daß das Darlehensverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist (1). An die Stelle des gesetzlichen Rücktrittsrechtes tritt daher, sobald das Kapital überlassen worden ist, das Kündigungsrecht, das auch als außerordentliches aus wichtigem Grund ausgeübt werden kann (2).

3. Der Kredit an Konsumenten

In der wirtschaftswissenschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Literatur umfaßt der Begriff des Konsumenten- oder Verbraucherkredits sowohl die Kennzeichnung einer bestimmten Gruppe von Darlehensnehmern als auch eine dem Geschäft zugrunde liegende Zwecksetzung. Es handelt sich um Kredite, "welche von Nichtunternehmern in Anspruch genommen werden, um ihren Verbrauch über das Maß zu erhöhen, das durch ihr laufendes Einkommen gegeben wäre" (3).

Als zentral für den Begriff des "Verbrauchers" wird das Kriterium der privaten Bedürfnisbefriedigung angesehen (4). Negativ ist er von der Produktion von Gütern und Dienstleistungen abzugrenzen: Ziel der Produktion ist der Ertrag, die Einkommenserzielung, während der Verbrauch eine außerökonomische, ja sogar irrationale oder emotionale Bedürfnisbefriedigung erstrebt (5). Dem entspricht auch die Kennzeichnung als Letzt- oder Endverbrauch, eines Verbrauchs, der nicht die Entstehung von Waren oder Leistungen zum Ziel hat, die wieder auf den Markt gebracht werden sollen (6).

---

1) Larenz, a.a.O., S. 227; Palandt-Putzo § 609 Anm. 4; a.A. Esser-Weyers, § 26 II, S. 220, der aber eine "beiderseitige Pflichtbindung" für den Überlassungszeitraum einräumt.
2) BGH WM 78, 234; Larenz, a.a.O.
3) Föhl, S. 310
4) dazu Schneider, BB 74, 764 und Eith, NJW 74, 16, jeweils m.w.N.
5) Kolms, S. 142
6) Haefliger, Die Konsumfreiheit, 1966, - zit. nach Schneider BB 74, 764

Der Begriff des Verbrauchers, des Konsumenten, als Merkmal gesetzlicher Tatbestände hat keinen einheitlichen Inhalt (1). Die oft eigenartige Gesetzestechnik arbeitet mit Fiktionen und materiellen Einschränkungen eines formell weiten Verbraucherbegriffes (2). Dennoch hat Schneider (3) in einer Analyse der gesetzlichen Vorschriften weitgehende Übereinstimmung mit der wirtschaftswissenschaftlich-soziologischen Definition festgestellt. Danach ist Verbraucher, wer seine privaten Bedürfnisse befriedigt; insoweit steht der Begriff im Gegensatz zum Wiederverkäufer und gewerblichen Verbraucher. Verbraucher ist nicht nur der Erwerber von Waren, sondern auch derjenige, der Leistungen in Anspruch nimmt (4).

In diesem Sinne weisen auch die Monatsberichte der Deutschen Bundesbank in der Statistik die Kredite an wirtschaftlich Unselbständige und sonstige Personen (ohne Wohnungsbau (5)) aus.

4. Der typische Konsumentenkredit

Bei den an den genannten Personenkreis im Jahre 1979 ausgeschütteten Krediten handelt es sich zum überwiegenden Teil (ca. 80 %) um Ratenkredite (6). Die Teilzahlungskreditinstitute , denen aufgrund der verlangten höheren Zinssätze und sonstigen Vertragsmodalitäten im Rahmen dieser Untersuchung besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden muß, schließen nahezu ausschließlich Ratengeschäfte mit Konsumenten ab (7). Inwieweit expansive Nichtratenkreditformen wie der Dispositionskredit als Kredit durch vereinbarte Kontoüberziehung

---

1) er wird verwendet z. B. in § 2 MilchG, in §§ 1, 10 und 11 des Textilkennzeichnungsgesetzes, in § 1 RabattG; hierzu im einzelnen Schneider BB 74, 765 ff
2) Schneider, BB 74, 768
3) a. a. O.
4) ähnlich Reifner, Konsumentenkredit, S. 121; Hadding S. 32
5) anders hier die Statistik der Dresdner Bank, die auch Kredite für den Wohnungsbau als Konsumentenkredit begreift, soweit sie für den privaten Bau von späteren Benutzern aufgenommen werden, vgl. TW 5/74, 36, zit. nach Reifner, a. a. O., S. 122
6) z. B. Deutsche Bundesbank, Statistik Nr. 121, Dezember 1979, abgedruckt auch in FLF 3/80, 89
7) 1979 betrug die Gesamtkreditsumme hier DM 13,78 Milliarden, davon waren DM 13,35 Milliarden Ratenkredite, Quelle: Deutsche Bundesbank, a. a. O.

demgegenüber an Bedeutung gewinnen, bleibt abzuwarten (1).

Dementsprechend kann zusammengefaßt werden: Der typische Konsumentenkredit ist ein Darlehensvertrag mit Endverbrauchern, den diese im nichtgewerblichen Bereich zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse abschließen, und der ratenmäßig rückzahlbar ist.

II. Die Kreditgeber

1. Die wechselnden Marktverhältnisse

Nach der Währungsstabilisierung 1948 wurde das Konsumentenkreditgeschäft zunächst von den Teilzahlungsinstituten wieder aufgegriffen, und zwar in den Bahnen der angestammten drei Systeme, des A-, B- und C-Geschäftes (2). Als die Sparkassen 1952 den "Kaufkredit" einführten, der rechtlich dem B-Geschäft entsprach, verringerte sich der Marktanteil der Teilzahlungsinstitute von ca. 80 - 90 % in den Jahren 1949 - 1951 kontinuierlich (3). In den folgenden Jahren

---

1) vgl. Hadding S. 36 f
2) Im A-Geschäft oder Königsberger Schecksystem gibt das Kreditinstitut nach Prüfung der Kreditwürdigkeit befristete Gutscheine zum Kauf in bestimmten Geschäften aus. Zwischen Bank und Verkäufer besteht ein Rahmenvertrag, aufgrund dessen die Händler einen Teil eines etwaigen Verlustes der Bank übernehmen müssen. Im B-Geschäft oder Berliner System wirken wiederum Bank und Verkäufer zusammen; der Konsument unterschreibt in der Regel beim Verkäufer Kaufvertrag und Darlehensantrag an die Bank, über den diese nach Prüfung entscheidet. Der Käufer übereignet die erworbenen Gegenstände der Bank zur Sicherheit. Das gewährte Darlehen wird gemäß "unwiderruflicher Zahlungsanweisung" an den Verkäufer überwiesen. Der Händler übernimmt in irgendeiner Form - Schuldbeitritt, Bürgschaft - die Mithaftung. Das C-Geschäft ist eine Abwandlung des B-Geschäftes, bei dem zur Verstärkung der Kaufpreisforderung der Käufer vom Verkäufer ausgestellte Wechsel akzeptiert, die vom Verkäufer an die Bank indossiert werden. Zu diesen Geschäften, auch im Hinblick auf die Anwendung des Abzahlungsgesetzes, vgl. Emmerich, JuS 71, 273 ff m. w. N.
vgl. auch Reifner, Konsumentenkredit, S. 145 ff m. w. N.
3) Kaminsky, S. 81; Weiß, S. 106 f

bewegte er sich um 50 - 60 % und erreichte 1961 mit 68 % einen neuen Höhepunkt (1). Ein entscheidender Wandel hatte bereits 1959 eingesetzt, als Sparkassen und Großbanken den "Kleinkredit" zu offerieren begannen, um durch die Gewährung von Barkrediten neue Anlagemöglichkeiten für ihr Sparkapital zu schaffen. Die ursprünglich auf DM 2.000,-- bei einer Laufzeit von 24 Monaten fixierte Kreditgrenze wurde 1962 auf DM 6.000,-- und einer Laufzeit bis zu vier Jahren erhöht (sog. Anschaffungsdarlehen). Stufenweise erfolgten weitere Erhöhungen auf DM 10.000,--, dann DM 20.000,--; 1979 betrug die Höchstgrenze bereits DM 30.000,-- bei einer Laufzeit bis zu 60 Monaten (2).

In den 60er Jahren nahm der Marktanteil der Teilzahlungsinstitute - bei weiterem Wachstum des Geschäftsvolumens - erneut ab, Mitte 1968 betrug er 44 % (3); in den 70er Jahren rutschte er unter die 20 %-Marke. Die Zahl der Teilzahlungskreditinstitute sank von nahezu 250 im Jahre 1962 auf ca. 130 im Jahre 1979 ab (4).

Die in den Nachkriegsjahren überwiegend in Form des B-Geschäftes abgeschlossenen Kreditverträge wurden nach und nach durch den Barkredit ersetzt. Heute bedienen sich allein die zur Absatzfinanzierung bestimmter Automobilhersteller, Versand- und Kaufhäuser geschaffenen Teilzahlungskreditinstitute noch in größerem Umfang der speziellen Vertragsgestaltung des B-Geschäftes (5).

2. Kreditvolumen und Marktverhältnisse im Jahr 1979

Im Jahr 1979 betrug das Kreditvolumen aller Bankengruppen im Bereich des Konsumentenkredites (ohne Wohnungsbau) ca. DM 115 Milliarden (6). Gegenüber dem Jahre 1970 hat sich das Kreditvolumen

---

1) Weiß, S. 111 f
2) Weiß, S. 107, 111 f; vgl. Bähre, TW 1/80, 3
3) Weiß, S. 112
4) Bähre, a.a.O.
5) Bähre, a.a.O., S.4; zur geschichtlichen Entwicklung siehe auch Hadding, S. 33 ff
6) Quelle: Deutsche Bundesbank, a.a.O.

damit nahezu vervierfacht, gegenüber dem Jahre 1975 mehr als verdoppelt (1). In den Jahren 1978 und 1979 waren Steigerungsraten von 19,4 % bzw. 18,7 % gegenüber dem jeweiligen Vorjahr zu verzeichnen (2). Auch die Teilzahlungskreditinstitute sind in diesen Trend eingeschlossen. Trotz sinkender Marktanteile stieg ihr Kreditvolumen um 10,6 % (1978) bzw. 12,9 % (1979).

Den Markt teilten sich die Sparkassen und Girozentralen (37,2 %), die Kreditbanken, d.h. Großbanken, Regionalbanken und Privatbanken (25,7 %), die Genossenschaftsbanken einschließlich der Genossenschaftszentralbanken (24,2 %) sowie die Teilzahlungskreditinstitute (11,9 %). Die übrigen Institute sind praktisch ohne Bedeutung (1 %) (3).

3. Die Teilzahlungskreditinstitute

Es sind gerade Kreditverträge der Teilzahlungskreditinstitute, die von der neueren Rechtsprechung als sittenwidrig qualifiziert worden sind (4). Aus diesem Grund sind einige ergänzende Fakten über diese Gruppe von Kreditgebern bemerkenswert.

Nach einer von der Commerzbank herausgegebenen Untersuchung (5), die nach Geschäftsumfang und wirtschaftlicher Bedeutung 90 % der Teilzahlungskreditinstitute erfaßte, ergibt sich, daß sich knapp die Hälfte des Nominalkapitales im Besitz anderer Kreditinstitute befindet, darunter ca. 10 % (6) in öffentlicher Hand (7), knapp ein Drittel

---

1) Quelle: Statistik des Erich-Schmidt-Verlages, abgedr. TW 5/78, 46 und Deutsche Bundesbank, a.a.O.
2) Quelle: Deutsche Bundesbank, a.a.O.
3) Quelle: Deutsche Bundesbank, a.a.O.; eigene Berechnungen
4) siehe die Nachweise im 2. Kap. A I
5) Wer gehört zu wem, 10. Aufl. 1973 -zit. nach Scholz, TW 3/75, 6
6) 7,6 % direkt und 3 % indirekt über Töchter
7) So ist z.B. die GEFA, Gesellschaft für Absatzfinanzierung GmbH, eine 100%ige Tochter der Deutschen Bank, die Diskont und Kredit AG, Düsseldorf, eine 100%ige Tochter der Dresdner Bank, die Nordfinanz, Norddeutsche Finanzierungs AG, Bremen, eine Tochter der Sparkasse (50 %) und der Bremer Landesbank (50 %); weitere Beteiligungsverhältnisse bei Reifner, Weitz, Kesseler, S. 128 ff, 136 f

entfallen auf Produktions- und Handelsbetriebe (1), während nur ein Fünftel der Kapitalanlage in Privathand liegt (2).

Die meisten Teilzahlungskreditinstitute besitzen überhaupt kein, einige nur ein beschränktes Depositenrecht, und nur ganz wenige die Vollbankkonzession mit der Möglichkeit, sich unbeschränkt im Einlagengeschäft, insbes. auch im Spargeschäft zu betätigen (3). Im Jahr 1979 mußte deshalb über 50 % des Geschäftsvolumens bei anderen Kreditinstituten refinanziert werden, nur ein gutes Viertel konnte durch Einlagen und aufgenommene Kredite von Nichtbanken gedeckt werden (4). Dieses Faktum verstärkt die enge Verflechtung der Teilzahlungskreditinstitute mit der übrigen Kreditwirtschaft.

III. Die Kreditnehmer

1. Berufs- und Altersstruktur

Kredite für private Zwecke werden von Angehörigen aller Berufsschichten aufgenommen, Arbeiter sind jedoch häufiger unter den Kreditkunden zu finden, als dies ihrem Anteil an der Bevölkerung entspricht (5). Am stärksten repräsentiert sind die Angelernten und Hilfsarbeiter, gefolgt von den Facharbeitern; durchschnittlich häufig nehmen die unteren und mittleren Angestellten und Beamten Kredite auf; unterrepräsentiert dagegen sind die leitenden Angestellten und Beamten sowie die Selbständigen einschließlich der Landwirte. Die Unterschiede zwischen Arbeitern und unteren und mittleren Angestellten sind besonders deutlich beim Kreditkauf, weniger ausgeprägt bei einem unmittelbar beim Kreditinstitut aufgenommenen Barkredit.

---

1) So haben die Automobilhersteller eigene TZ-Kreditinstitute geschaffen, z. B. die Ford Credit AG, ebenso die Großkaufhäuser, z. B. die Kaufhauskette Horten die EFGEE GmbH
2) vgl. Scholz, TW 3/75, 6
3) Scholz, a. a. O.
4) vgl. Deutsche Bundesbank, Statistische Beihefte zu den Monatsberichten, Reihe 1, Februar 80, Nr. 2, S. 34 f
5) Die Ergebnisse beruhen auf der Untersuchung "Unternehmen Haushalt", Gruner und Jahr, Hamburg 1973, zit. und kommentiert nach Holm, S. 94

Der typische Konsumentenkreditnehmer ist der Arbeiter- oder Angestelltenhaushalt, bei dem der Haushaltsvorstand zwischen 20 und 35 Jahren alt ist, und der über kein oder nur geringes Sparguthaben verfügt, das für die Anschaffung langlebiger Konsumgüter infrage kommt (1).

2. Motive der Kreditaufnahme

Nach einer vom Institut für Demoskopie, Allensbach, erstellten Untersuchung (2) haben in den letzten drei Jahren (3) 23 % der Bevölkerung ab 14 Jahren einen Kredit aufgenommen (einschließlich Wohnungsbau). Die 20- bis 29jährigen, die zahlenmäßig hinter den 30- bis 39jährigen die zweitstärkste Gruppe stellen, haben den Kredit in erster Linie zum Kauf eines Autos und erst in zweiter Linie für Wohnungsausstattung und größere Haushaltungsgeräte verwendet. Die 30- bis 39jährigen haben das erlangte Kapitel zu einem Drittel für den Grundstückskauf oder Hausbau, zu knapp einem weiteren Drittel für den Autokauf eingesetzt, ähnlich die 40- bis 49jährigen. Bei den über 50jährigen nimmt die Kreditaufnahmebereitschaft mit steigendem Alter rapide ab, auch hier ist der PKW-Kauf dominierend.

3. Die Tendenzen

Bemerkenswert ist die Tendenz der Kreditnehmer, immer höhere Kredite mit längerer Laufzeit abzuschließen. Der Durchschnittskredit der Teilzahlungskreditinstitute erreichte 1979 eine Höhe von ca. 4.300,-- DM gegenüber ca. DM 3.800,-- im Jahre 1978 (4). Die durchschnittliche Laufzeit stieg von 40 Monaten (1978) auf 41 Monate (1979) an.
Während die kurzfristigen und mittelfristigen Ratenkredite im Jahre 1979 geringfügig rückläufig waren bzw. stagnierten, betrug der Zuwachs der langfristigen Ratenkredite bei den Teilzahlungsbanken 44 % (5).

---

1) Reifner, Weitz, Uesseler, S. 189 m.w.N. u. detailliertem Zahlenmaterial.
2) abgedr.: TW 4/79, 165
3) vor dem Zeitpunkt der Untersuchung, ca. 1976 - 1978
4) Die Lage der Ratenkreditbanken im Jahr 1979, FLF 3/80, 90
5) Die Lage der Ratenkreditbanken, a.a.O., S. 89

Hatten im Jahre 1968 von 100 Haushaltungen 35 monatliche Ratenverpflichtungen zu tilgen, waren es 1978 bereits 43. Lag die monatliche Belastung 1968 nur bei 19 % über DM 200,--, sind es 1978 bereits 64 % gewesen (1). Die durchschnittliche Verschuldung, gerade der Arbeiter- und Angestelltenhaushalte, steigt ständig (2).

Nicht zuletzt aus diesem Grund wird der Ruf nach verstärkter Verbraucheraufklärung sowie neuen Schutzvorschriften im Konsumentenkreditgeschäft verständlich.

C. Die Reformdiskussion

Die Ineffizienz des Wuchertatbestandes (3), die Nichtanwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes auf den Barkredit einerseits, die enorme wirtschaftliche Bedeutung des Konsumentenkredites (4) und seine Ausgestaltung als Mengengeschäft, die steigende Verschuldung der privaten Haushalte (5) und das vermehrte Bekanntwerden von Mißständen in der Praxis (6) andererseits haben die Diskussion um legislative Maßnahmen entfacht und bereits gesetzgeberische Vorarbeiten ausgelöst.

I. Der Stand gesetzgeberischer Vorarbeiten

1. Der "Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge"

Die Bundesregierung hat am 11.5.1979 den "Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge" vorgelegt (7). Beabsichtigt ist danach die Einfügung eines einzigen, umfangreichen Zusatzparagraphen (§ 607a E-BGB) innerhalb der Darlehensvorschriften (§§ 607-610 BGB), dessen wesentlicher Inhalt

---

1) Quelle: Statistik "Wohlstandsschulden", abgedr. TW 1/80, 4
2) hierzu im einzelnen Reifner, Weitz, Uesseler, S. 189 ff m.w.N.
3) dazu oben A I 2 b, S. 9
4) dazu oben B II 2, S. 38
5) dazu oben B III 3, S. 41
6) vgl. Hadding, S. 12 ff
7) BT-Dr. 8/3212

die Festschreibung des von der Lehre schon lange befürworteten und von der Rechtsprechung bereits praktizierten sog. Einwendungsdurchgriffs in Fällen einer "wirtschaftlichen Einheit" von Kaufvertrag und Kreditvertrag ist (1).

Für den im Rahmen dieser Untersuchung allein wesentlichen Barkredit ist eine Regelung nicht beabsichtigt (2); dementsprechend hätte eine Verabschiedung auf die neuere Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten (3) keinerlei Auswirkung (4).

Im Maklerrecht sollen besondere Vorschriften über die Darlehensvermittlung (§§ 655-655c E-BGB) eine bessere Information des Verbrauchers sicherstellen und ihn vor ungerechtfertigten Nebenentgelten schützen. Für den Vertrag ist Schriftform, Mindestinhalt und die Aushändigung einer Vertragsurkunde vorgesehen. Die Vermittlungsvergütung ist nur bei tatsächlicher Darlehensauszahlung zu entrichten, eine Vertragsstrafe ist nur begrenzt zulässig (5).

2. Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Gemeinschaft

Die Bundesregierung hat bei ihrem Gesetzesvorschlag über finanzierte Rechtsgeschäfte (§ 607a E-BGB) im wesentlichen deshalb Zurückhaltung geübt, insbes. den Barkredit nicht einbezogen, weil die Kommission der EG nach mehreren Vorentwürfen im März 1979 einen endgültigen "Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit" (6) dem Ministerrat unterbreitet hat (7). Man wollte einzelstaatliche Vorstöße vermeiden, bis über das Schicksal dieses Entwurfes entschieden ist (8).

---

1) so zutreffend Gilles, ZRP 79, 265, 267; detailliert zum Einwendungsdurchgriff Gundlach, insbes. S. 176 ff u. 190 ff m. det. N.
2) ausführlich zu den Hintergründen Gilles, a. a. O.; siehe auch Hadding, S. 19 m. w. N.
3) dazu unten 2. Kap. A, S. 50 ff
4) Kritik über die "Kleine Lösung" bei Gilles und Hadding, a. a. O.
5) ausführlich: Gilles, ZRP 79, 273
6) BT-Dr. 8/2953
7) zu den Vorarbeiten siehe Gundlach, S. 102 ff; vgl. auch Reich JZ 80, 329 m. w. N. in FN 3; ausführlich Hadding, S. 16 und durchgehend im Rahmen seiner rechtspolitischen Überlegungen.
8) Gilles, ZRP 79, 267; Reich, a. a. O.

Der EG-Richtlinienvorschlag gewinnt seine Tragweite durch eine umfassende Begriffsbestimmung des "Kreditvertrages", die neben einem einfachen "Zahlungsaufschub" sowohl finanzierte Rechtsgeschäfte "über die Lieferung von Sachen und Leistungen" wie auch Verträge über nicht zweckgebundene Ratenkredite an Verbraucher und Verträge über Kreditkarten erfaßt (1). Hadding (2) weist zutreffend darauf hin, daß mit Übersendung des Vorschlages an die Regierungen zur Beratung und Diskussion die rechtspolitischen Überlegungen zum Konsumentenkredit in ein neues Stadium getreten sind. Ob, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt die Richtlinie erlassen und umgesetzt werden wird, ist indes völlig offen. Damit bleibt die bestehende Gesetzeslage und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung auf nicht absehbare Zeit von ausschlaggebender Bedeutung.

3. Die Bundesrat-Initiative

Bereits 1977 ist vom Land Hessen ein Entwurf zur Änderung des BGB eingebracht worden, der die Einfügung eines § 138 Abs. 3 BGB vorsieht (3). Dienen sollte die Neuregelung der "Bekämpfung der Mißstände auf dem Gebiet privater Kreditvermittlung und -gewährung". Nach diesem Entwurf ist das Rechtsgeschäft nichtig, durch das jemand sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung stehen. Es soll also der objektive Tatbestand des "auffälligen Mißverhältnisses" für die Sittenwidrigkeit ausreichen (4).

Nach der Gesetzesinitiative der Bundesregierung und im Hinblick auf den Richtlinienvorschlag der EG dürfte keine Aussicht auf Realisierung dieser Regelung bestehen.

---

1) Hadding, S. 16
2) a. a. O.
3) BR-Dr. 54/77
4) dazu auch Soergel-Hefermehl, § 138, Rdnr. 63

II. Vorschläge de lege ferenda in der Literatur

1. Das durch von Marschall erstattete Gutachten

Auf Veranlassung des Bundestages (1) beauftragte die Bundesregierung, hier der Bundesminister der Justiz, im Jahre 1974 Marschall von Bieberstein mit einem Gutachten, das alle Formen von finanzierten Teilzahlungsgeschäften einbeziehen sollte. Später wurde der Barkredit an Konsumenten in die Untersuchung einbezogen (2).

Unter Berücksichtigung der Reformdiskussion und nach rechtsvergleichenden Auswertungen ausländischer Gesetze und Bestrebungen befürwortet von Marschall (3) eine umfassende Neuregelung unter Einbezug der nichtvermittelten und vermittelten Barkredite. Dabei stellt er den besonderen Schutz gerade des Kreditnehmers in den Vordergrund.

2. Der Vorschlag von Rühle

Nach überzeugender Darstellung über die Ineffizienz des Wuchertatbestandes kommt Rühle (4) zu dem Ergebnis, daß die gesetzliche Festlegung von Höchstzinssätzen, gestaffelt nach Höhe des Kreditbetrages, das angemessene Mittel sei, den Kreditnehmer vor der Gefahr wirtschaftlichen Ruins zu schützen (5). Als Begründung zieht er Erfahrungen mit gesetzlichen Regelungen im Ausland, z.B. dem Consumer Credit Code in den USA, heran.

3. Die von Bender vorgeschlagene Regelung

Bender (6) will den Kreditwucher ebenfalls durch Neufassung des Wuchertatbestandes wirksam bekämpfen. In der neuen Vorschrift sollen Regelbeispiele für ein besonders grobes Mißverhältnis (7), dessen Vorliegen bei erheblichem Machtgefälle zur Sittenwidrigkeit

---

1) bei Verabschiedung der zweiten Novelle zum Abzahlungsgesetz im Dezember 1973, BT-Prot. VII, Niederschrift über die 70. Sitzung, S. 4286, 4291 - zit. nach Hadding, S. 17
2) vorgelegt wurde es 1976, veröffentlicht 1978
3) S. 135 ff - 4) S. 74 ff
5) kritisch Hadding, S. 228 f m.w.N.
6) NJW 80, 1129 ff, insbes. 1134
7) 50 % über dem üblichen Preis bei lebensnotwendigen Leistungen, 100 % bei Leistungen des gewöhnlichen Bedarfs.

führt, die Anwendung erleichtern, Ausnahmetatbestände sollen Unbilligkeiten verhindern.

4. Das Modell von Reifner

Grundlegend andere Wege zum Schutz des Verbrauchers will Reifner (1) einschlagen. Da er den Konsumentenkredit als "Zurverfügungstellung von Kaufkraft zum persönlichen Gebrauch" definiert, will er die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers von der in der konkreten Situation vorhandenen Kaufkraft abhängig machen. Bei unverschuldeten Leistungsstörungen durch Krankheit o. ä. soll nach den Grundsätzen einer sozialen Zivilrechtsauslegung ein befristetes Leistungsverweigerungsrecht bestehen.

Selbst ein Befürworter einer sozialstaatlichen Umgestaltung des Zivilrechtes (2) wie Reich (3) gesteht ein, daß diese Auslegung im Widerspruch zu Grundregeln des Zivilrechtes steht, wonach der Schuldner für seine Leistungsfähigkeit einzustehen hat (arg. § 279 BGB),und nur in Ausnahmefällen § 242 BGB herangezogen werden kann.

5. Sonstige Vorschläge

Für eine sog. große Lösung im Sinne einer umfassenden Kodifizierung des Konsumentenkredits unter sozialstaatlichen Aspekten plädieren Reich (4) und Stauder (5) mit im Detail unterschiedlichen Forderungen.

6. Die Empfehlungen von Hadding

Im Auftrag des Deutschen Juristentages hat in neuester Zeit Hadding (6) die Problematik des Konsumentenkredites beleuchtet. Auch er strebt die sog. große Lösung an, wonach das veraltete Abzahlungsgesetz ähnlich dem EG-Richtlinienvorschlag in einem "Gesetz über

---

1) Konsumentenkredit, S. 311 ff
2) dazu Reich ZRP 74, 187 ff; E. Schmidt, JZ 80, 153 ff; kritisch H. P. Westermann AcP 78 (1978), 150 ff; siehe auch oben A II 2 e, S. 24 ff
3) JZ 80, 329, 335
4) JZ 80, 329 ff
5) ZRP 80, 217 ff
6) Zusammenfassung der Empfehlungen, S. 346 ff

Verbraucherkredit" aufgehen soll. Dabei sei aus einer Fülle von Einzelvorschlägen die Heranziehung von § 24 S. 1 AGBG zur Festlegung des Anwendungsbereiches in Abgrenzung vom kaufmännischen Verkehr, die Ablehnung von staatlich festgelegten Zinshöchstgrenzen und die Unterstellung der Kreditvermittlung der besonderen Gewerbeaufsicht des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen durch Anwendung des § 1 Abs. 1 S. 2 KWG hervorgehoben. Ebenso verdient der Hinweis an die Rechtsprechung, die Vorschriften des AGBG voll auszuschöpfen, was bisher nicht geschehen sei, Beachtung.

III. Die Beschlüsse des Deutschen Juristentages 1980 zum Thema Konsumentenkreditschutz

Die zivilrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentages 1980 war dem Thema gewidmet: "Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredites?" (1).
Unter Berücksichtigung der hochgestellten Erwartungen der Gutachter und einiger Referenten können die gefaßten Beschlüsse (2) nur als mager und enttäuschend bezeichnet werden.

Eine generelle Regelung des Konsumentenkredites hat der Deutsche Juristentag für nicht erforderlich gehalten (Beschluß I 1 b); je nach konkretem Schutzbedürfnis des Verbrauchers sind einzelne Zusatzregelungen im BGB oder anderen Gesetzen mit unterschiedlicher Regelungsdichte als ausreichend erachtet worden (I 2 c). Überwiegend selbständig beruflich und gewerblich Tätige sollen bereits aus dem Schutzbereich ausgeschlossen sein, ebenso Kredite zur Vorbereitung einer solchen Tätigkeit (I 3 d). Höchstlaufzeiten, Mindesteinzahlungen, Kredithöchstgrenzen und ein Verbot der Mehrfachverschuldung sind abgelehnt worden (II 1). Der Deutsche Juristentag hat sich gegen ein generelles, befristetes Widerrufsrecht des Kreditnehmers (IV 3), gegen eine legislative Konkretisierung des Kreditwuchers durch Richtlinien oder Regelbeispiele (VI 1, 2), gegen gesetzliche Sonderregelungen

---

1) zum Tagungsverlauf NJW 80, 2505 f
2) abgedr.: NJW 80, 2509 f

für Verzug und sonstige Vertragsstörungen (VIII 1-3), gegen richterliche Vertragshilfe (VIII 5) oder öffentliche Umschuldungshilfe (VIII 6) und gegen eine Aufsicht des Bundesamtes für das Kreditwesen über die gewerbliche Kreditvermittlung ausgesprochen (X 1 a). Restriktiv und hinter Lockerungstendenzen der Rechtsprechung zurückbleibend sind die Beschlüsse zum Einwendungsdurchgriff (IX).

Lediglich eine verstärkte Informationspflicht des Kreditgebers über die entstehenden Belastungen (III), die Aushändigung der alle wesentlichen Vertragsbedingungen enthaltende Vertragsurkunde (IV 1) mit abgestuften materiellrechtlichen Folgen bei Verstößen (V) sowie eine Verbesserung der allgemeinen Gewerbeaufsicht über die Kreditvermittler zwecks Abbau von Mißständen (X 1 b) sind befürwortet worden.

Insgesamt sind von über 40 Beschlußanträgen mehr als die Hälfte der Ablehnung verfallen; nur 11 Beschlüsse empfehlen dem Gesetzgeber ein partielles Tätigwerden. Wenn Sendler in einem Resümee über den Deutschen Juristentag vorsichtig andeutet, daß "Lobbyisten" aus den kreditgebenden Kreisen, die an einer starken Ausweitung des Verbraucherschutzes naturgemäß ein geringes Interesse zeigten, am Werke waren (1), ist eine wesentliche Erklärung für die "bescheiden anmutenden Empfehlungen" (2) gefunden. Auch der Ausschußvorsitzende hat in seinem Schlußbericht betont, daß in "deutlicher Weise" eine bestimmte Gruppe mit wirtschaftlichen Interessen den Inhalt der Beschlüsse beeinflußt hat (3), während der schutzsuchende Verbraucher unter den Mitgliedern des Deutschen Juristentages keinen übermäßig starken Anhang zu organisieren in der Lage war.

Es ist müßig, angesichts der auf diese Weise gefaßten Mehrheitsentscheidungen Inhalt und Bedeutung der Beschlüsse zu diskutieren. Auch sollen die vielfältigen Vorschläge de lege ferenda nicht kritisch gewürdigt werden oder ein weiterer Gesetzesentwurf hinzugefügt werden. Ziel dieser Untersuchung ist, die Rechtsprechung zur

---

1) Sendler, ZRP 80, 289,293
2) Sendler, ZRP 80, 292
3) zitiert nach Sendler ZRP 80, 293

Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten nach der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB darzustellen, zu analysieren und brauchbare Lösungsvorschläge de lege lata zu entwickeln. Im Rahmen dieser Zwecksetzung bleiben Gedanken aus der Reformdiskussion von Bedeutung.

Gerade die Beschlüsse des Deutschen Juristentages haben den Schutz des Kreditnehmers in wesentlichen Bereichen der Rechtsprechung überlassen, die damit wie bisher die maßgebende Kraft auf dem Gebiete des Konsumentenschutzes bleibt. Auch unter Berücksichtigung des Standes legislativer Vorarbeiten ist die Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, und damit auch die Thematik dieser Arbeit, nach dem Deutschen Juristentag 1980 gewachsen.

2. Kapitel: Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumenkrediten

A. Die Rechtsprechung des BGH

I. Die Grundsatzformel

Die neueren Entscheidungen des BGH, in denen die Vereinbarkeit von Konsumentenkrediten mit § 138 Abs. 1 BGB geprüft wird (1), setzen übereinstimmend, abgesehen von stilistischen Abweichungen, nachfolgende Formel an den Anfang der Gründe:

> "Nach den anerkannten Rechtsprechungsgrundsätzen für die Beurteilung wucherähnlicher Rechtsgeschäfte, die nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind ..., kann ein Darlehensvertrag sittenwidrig sein, wenn zwischen den Leistungen des Darlehensgebers und den von ihm durch einseitige Vertragsgestaltung festgelegten Gegenleistungen des Darlehensnehmers ein auffälliges Mißverhältnis besteht und der Darlehensgeber die schwächere wirtschaftliche Lage des Darlehensnehmers bei der Festlegung der Vertragsbestimmungen bewußt zu seinem Vorteil ausnutzt; dem steht es gleich, wenn sich der Darlehensgeber als der objektiv sittenwidrig Handelnde zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschließt, daß sich der Darlehensnehmer nur aufgrund seiner wirtschaftlich schwächeren Lage auf die ihn beschwerenden Darlehensbedingungen einläßt.
>
> Für die Prüfung der Sittenwidrigkeit kommt es dabei auf eine zusammenfassende Würdigung des Inhalts und des Zwecks des Geschäfts und der gesamten sonstigen Geschäftsumstände an."

Die Ausführungen sind angelehnt an die bereits vom Reichsgericht im Beschluß vom 13. 3. 1936 (2) aufgestellten Grundsätze. Das Reichsgericht formulierte diese noch so:

---

1) als solche bezeichnet werden die diesbezüglichen Entscheidungen ab und nach dem Urteil vom 9. 11. 1978 - III ZR 21/77 = BB 79, 343 ff = NJW 79, 805 ff; hierzu zählen: Urteil vom 11. 1. 79 - III ZR 119/77 = BB 79, 444 ff = NJW 79, 808 ff; Urteil vom 21. 6. 79 - III ZR 171/77 = NJW 79, 1209 ff; Urteil vom 29. 6. 79 - III ZR 156/77 = WM 79, 966 ff; Urteil vom 17. 5. 79 - III ZR 118/77 = WM 79, 1035 ff; Urteil vom 25. 10. 79 - III ZR 182/77 = WM 80, 10 ff; Urteil vom 10. 4. 80 - III ZR 59/79 = NJW 80, 2074 ff; Urteil vom 17. 4. 80 - III ZR 96/78 = NJW 80, 2076 ff; Urteil vom 10. 7. 80 - III ZR 177/78 = WM 80, 1111 ff; Urteil vom 12. 3. 81 - III ZR 92/79 = BB 81, 927 ff

2) RGZ 150, 1, 2, 5

"Ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung in auffälligem Mißverhältnis stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers (§ 138 Abs. 2) aber nicht vorliegen, ist nach § 138 Abs. 1 nichtig, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt. Auf diese Gesinnung kann unter Umständen aus dem Mißverhältnis geschlossen werden. Wenn sich ein Teil böswillig oder grob fahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt, so kann dies in Verbindung mit dem Mißverhältnis das Rechtsgeschäft nichtig machen."

In der neueren Rechtsprechung des BGH ist dieser Leitsatz sprachlich abgewandelt, das nationalsozialistisch geprägte "gesunde Volksempfinden" ist gestrichen worden. Die "mißliche Lage" heißt nunmehr sehr allgemein "wirtschaftlich schwächere Lage", aus "böswillig oder grob fahrlässig" ist "leichtfertig" geworden. Im Hinblick auf die Existenz des § 138 Abs. 2 BGB wird auf subjektive Merkmale nicht verzichtet, unverändert geblieben ist auch die entschiedene Betonung einer "Gesamtwürdigung" des Vertrages (1).

Auffällig ist, daß über die allgemeine Formulierung des Reichsgerichts hinaus nunmehr von den "durch einseitige Vertragsgestaltung festgelegten Gegenleistungen" und von "beschwerenden Darlehensbedingungen" die Rede ist.

II. Das besonders grobe Mißverhältnis

Das Reichsgericht hatte dem Maß des Mißverhältnisses besondere Bedeutung zugelegt. In besonders krassen Fällen sollte der Schluß auf bewußte oder doch grob fahrlässige Ausnutzung irgendeines den Vertragsgegner hemmenden Tatumstandes zwingend naheliegen können (2).

---

1) auch frühere Entscheidungen des BGH fügen sich hier ein; vgl. BGH NJW 51, 397; Betr. 56, 326; NJW 57, 1274; NJW 66, 1451; Betr. 75, 1932

2) RGZ 150, 1, 6

Im Rahmen der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Gesellschaftsvertrages gab auch der BGH (1) zu beachten,

> "daß der Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung schon dann gerechtfertigt sein kann, wenn ein besonders grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht." (2)

In der neueren Rechtsprechung wird dieser Grundsatz ebenfalls erwähnt (3). An einer Würdigung, geschweige denn einer weiteren qualitativen und quantitativen Eingrenzung, fehlt es jedoch. Das Gericht war dazu auch nicht genötigt, da die geforderten subjektiven Voraussetzungen jeweils vorlagen (4).

III. Das auffällige Mißverhältnis

Wesentliches objektives Kriterium in der Grundsatzformel ist das Vorliegen eines auffälligen Mißverhältnisses, eines dem Wuchertatbestand entnommenen Begriffes.

Verglichen werden müssen im Rahmen der Gesamtwürdigung zunächst die vertraglich festgelegten Leistungen des Darlehensnehmers bei fristgerechter Zahlung der Rückzahlungsraten mit den dafür gewährten Gegenleistungen des Darlehensgebers (5).

---

1) Betr. 76, 2106
2) vgl. auch BGHZ 10, 228, 233; WM 66, 399, 400; WM 66, 832, 835; WM 1255, 1257; BGH NJW 79, 758
3) vgl. BGH BB 81, 927, 928
4) vgl. die o. a. neueren Entscheidungen; in der älteren Rechtsprechung BGH WM 56, 459; BB 61, 156; WM 71, 857, 858; in der Entscheidung Betr. 76, 2106 ist einmal ein besonders grobes Mißverhältnis bejaht worden: ein stiller Gesellschafter hatte sich mit einer Einlage von 3, 38 % der Vermögenswerte an einem Unternehmen beteiligt und dafür ein Beteiligungsverhältnis von 35 % erlangt; eine abschließende Entscheidung erging auch hier nicht.
5) BGH BB 79, 343, 344; NJW 80, 2074

1. Die Leistungen des Darlehensnehmers

Der BGH hat in der neueren Rechtsprechung aufgelistet, welche Leistungen des Darlehensnehmers für den anzustellenden Vergleich zu berücksichtigen sind.

a) Die Kreditgebühren

Die Gegenleistung des Darlehensnehmers besteht zunächst und in erster Linie in der Entrichtung von Kreditgebühren, zum Teil als Teilzahlungszuschlag bezeichnet (1). Bei Teilzahlungskrediten wird die vom Kreditnehmer zu entrichtende Vergütung in der Regel nicht nach einem Jahressatz vom jeweiligen Darlehensrest, sondern nach einem gleichbleibenden Monatssatz vom ursprünglichen Nettokredit berechnet.

Nach nunmehr ganz h. M. in der Rechtsprechung stellt dieser Zuschlag eine gewinn- und umsatzunabhängige, aber laufzeitabhängige, in Geld zu entrichtende Vergütung dar. Er bildet Zinsen im Rechtssinne (2).

b) Die Bearbeitungs- und Inkassogebühren, sonstige Auslagen

Eine weitere Belastung des Kreditnehmers ist die ihm bereits bei Abschluß des Darlehnsvertrages in Rechnung gestellte Bearbeitungsgebühr, üblicherweise ca. 2 % des Nettokredites.

Nach den Bedingungen der vorgedruckten Antragsformulare müssen im Einzelfall zusätzlich noch Inkassogebühren, Auskunftsspesen oder allgemein "Auslagen" erstattet werden. Zum Teil werden diese Kosten in den als "Nettokredit" bezeichneten Betrag einbezogen, der die Grundlage für die Berechnung der Kreditgebühren bildet; das bedeutet, daß diese Kosten "mitfinanziert" werden, also zusätzlich einer Verzinsung unterliegen. Überwiegend gehen sie zwar in den Gesamt- oder

---

1) vgl. BGH BB 79, 343, 344
2) BGH BB 79, 343, 344 unter Hinweis auf: Canaris, NJW 78, 1891, 1892; BGH WM 75, 889, 890; OLG Braunschweig BB 65, 847; OLG Köln NJW 66, 2217; OLG Hamm NJW 73, 1002, 1003; KG WM 75, 128, 129

Bruttokredit ein, werden aber bei der Kreditgebührenbelastung nicht berücksichtigt.

Der BGH (1) bejaht die Laufzeitunabhängigkeit und verneint damit den Zinscharakter, bewertet die Kosten aber dennoch im Rahmen der Gesamtbetrachtung gem. § 138 Abs. 1 BGB. Das Gericht begründet dies so:

> "Die Gesamtbelastung des Darlehnsnehmers bei der Inanspruchnahme des ihm gewährten Kredites läßt sich nicht ermitteln, wenn sie unberücksichtigt bleiben ... (2). Ein Kreditinstitut kann bei der einseitigen Festlegung seiner Darlehensbedingungen diese Kosten dem Darlehensnehmer als einmaligen Schuldbetrag aufbürden oder sie sich durch hohe Kosten abgelten lassen. Insoweit können Vergütungen für die Kapitalbeschaffung und -überlassung und Entgelte für die Kapitalnutzung in ihrer belastenden Wirkung für den Darlehensnehmer gleichstehen. Sind Kosten des Darlehensgebers vereinbarungsgemäß zu vergüten (entschädigen), so können freilich der Zweck, dem sie dienen, und der Vorteil, den sie dem einen oder anderen Vertragspartner oder beiden bringen sollen, für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit wesentlich sein." (3)

c) Die Restschuldversicherung

aa) Die Ausgestaltung des Versicherungsvertrages

Teilzahlungskreditinstitute machen in großem Umfang die Gewährung eines Kredites vom Abschluß einer Restschuldversicherung abhängig. Die Versicherung deckt das Risiko des Todes des Kreditnehmers; häufig wird eine zusätzliche Arbeitsunfähigkeitsversicherung abgeschlossen. Weitere Vertragsgestaltungen, z.B. in Zusammenarbeit mit dem Krankenversicherer des Darlehnsnehmers, sind möglich (4). Ein Vertrag kann mit gleichbleibender oder mit fallender Versicherungssumme vereinbart werden. Bei fallendem Versicherungsschutz ist die Anfangsversicherungssumme identisch mit dem Bruttodarlehensbetrag als Summe aller Raten, die Beitragshöhe bemißt sich nach der

---

1) BB 79, 343, 344
2) hier erfolgt ein Verweis auf Stimmen in der Literatur zum Problem: Belke BB 68, 1219, 1222; Freund und Reich NJW 77, 636
3) vgl. auch BGH BB 79, 966, 968
4) dazu Schulz, TW 3/79, 103 f

Höhe dieser Summe, der Dauer des Vertrages und dem Eintrittsalter, sie wird als Einmalprämie mit Vertragsschluß fällig (1). Die Haftung des Versicherers vermindert sich mit der fallenden Restschuld des Darlehensnehmers; Verzögerungen im Tilgungsplan gehen zu Lasten des Darlehnsnehmers (2).

Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV) hat darauf hingewiesen (3), daß nur eine Versicherung mit fallendem Schutz geeignet sei, die Belange des Versicherungsnehmers ausreichend zu wahren. Die erheblich teureren Versicherungen mit gleichbleibender Versicherungssumme gingen über den notwendigen Schutz weit hinaus, da der Kreditnehmer keine Risikoversicherung für den Fall des Todes allgemein wünsche, sondern nur in Höhe der jeweiligen Zahlungsverpflichtung abgedeckt sein wolle.

Die Abwicklung der Verträge erfolgt in der Regel über einen Rahmenvertrag zwischen Kreditgeber und Versicherer. Nach der Neuordnung der Grundsätze zur Restschuldversicherung durch das BAV sollen Einzelrestschuldversicherungen die Ausnahme bilden (4).

Der Rahmenvertrag macht die Bank zur Inkassostelle der Versicherung. Nach den Vorstellungen des BAV soll der Kreditnehmer grundsätzlich auch der Versicherungsnehmer sein, was zuvor nicht immer der Praxis entsprach. Dies hat zudem den Vorteil, daß ein nicht umsatzsteuerpflichtiger Vorgang vorliegt und der Kreditnehmer von dieser zusätzlichen Zahlung befreit wird (5). Die Bank ist bei dieser Vertragsgestaltung unwiderruflich Bezugsberechtigte.

Im Jahre 1979 lag die Höchstgrenze der Versicherung bei DM 40.000,-, die Laufzeit soll nach der Neuordnung bis zu 120 Monaten betragen.

---

1) Lammel, BB, Beilage 8/80, S. 11
2) Beispiel: Ein Kredit läuft 48 Monate, nach 24 Monaten stirbt der Kreditnehmer, es sind erst 18 Raten bezahlt; die Versicherung haftet nur für die restlichen 24 Raten; vgl. Lammel, a.a.O.
3) VerBAV 79, 47 und 166 ff
4) VerBAV 78, 203 ff; vgl. Schulz, TW 1/79, 19 f
5) vgl. Schulz, a.a.O.

bb) Die Einordnung durch den BGH

Der BGH (1) erkennt an, daß die Versicherungskosten kein Entgelt für die Kapitalnutzung bilden und daher keine Zinsen im Rechtssinne sind.

Dann heißt es:

> "Auch sie belasten den Darlehnsnehmer wie sonstige Kosten und Auslagen bei der Aufnahme eines Kredites. Trotz der formalen Trennung ... des ... Versicherungsvertrages vom Darlehnsvertrag ... gehören beide Verträge für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 138 zusammen (so auch Canaris, NJW 1978, 1891, 1895 unter Hinweis auf die gesetzliche Wertung, wie sie jetzt in § 302a Abs. 1 S. 2 StGB Ausdruck gefunden hat; Freund und Reich in NJW 1977, 636, in ihren ablehnenden Anmerkungen zu OLG München, NJW 1977, 152). Entscheidend ist für die Beurteilung auch hier, inwieweit die vom Darlehensnehmer zu tragenden Aufwendungen für die Versicherung dem einen oder anderen Vertragsteil oder beiden einen Vorteil bringen sollen."

Der BGH macht keine Differenzierung danach, wer als Versicherungsnehmer aufgetreten ist. Er gesteht zu, daß der Versicherungsschutz auch dem Darlehnsnehmer zugute kommt, urteilt dann aber:

> "Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Kreditgeber die Versicherung hauptsächlich in seinem eigenen Interesse nimmt ... Er nimmt sie jedenfalls wesentlich auch in eigenem Sicherungsinteresse, weil ihm sonst das Risiko der Kreditgewährung zu groß wird ..." (2)

Im Urteil vom 12. 3. 1981 (3) erscheint es dem Gericht sachgerecht, aufgrund der kaum abschätzbaren Vorteile für die eine oder andere Seite einen generalisierenden Maßstab anzulegen und die Versicherungsprämie grundsätzlich zur Hälfte in die Gesamtbelastung des Kreditnehmers einzubeziehen.

d) Die Vermittlungskosten

aa) Die Sachlage

Die überwiegende Zahl der Teilzahlungskreditinstitute verfügt -

---

1) BB 79, 444, 445; BB 79, 966, 968
2) BB 79, 343, 344
3) BB 81, 927, 930

anders als die Sparkassen und Großbanken - nicht über ein weitverzweigtes Netz von Filialen. Da das direkte Schaltergeschäft dementsprechend nur begrenzt möglich ist, werden in diesen Instituten in großem Umfang Kreditgeschäfte mit Hilfe der Einschaltung von Maklern abgewickelt. Diese in der Regel selbständig Gewerbetreibenden weisen sich zum Teil ausdrücklich als "Repräsentanten" eines bestimmten Teilzahlungskreditinstitutes aus, ansonsten arbeiten sie ohne Kenntlichmachung mit einem oder einer Reihe von Kreditinstituten zusammen.

Häufig besteht ein schriftlicher Rahmenvertrag (Einreichervertrag) zwischen Kreditgeber und Makler, der diesem gewisse Pflichten, z. B. Sorgfaltspflichten bei der Einholung der persönlichen und finanziellen Daten, auferlegt, während das Teilzahlungskreditinstitut ihm für jeden gewährten Kredit einen bestimmten Teil der Kreditgebühren, z. B. 0,2 % p. M., überläßt. Dieses "packing" ist üblicherweise in den mit dem Darlehnsnehmer vereinbarten Kreditgebühren enthalten und wird nicht gesondert ausgewiesen.

Daneben berechnet der Makler dem Darlehnsnehmer noch eine eigenständige Vermittlungsprovision, ein bestimmter Prozentsatz des Nettokredites (1). Diese Summe wird zum Teil ebenfalls "mitfinanziert", muß also verzinst werden.

bb) Die Einordnung durch den BGH

Der BGH (2) bezieht auch diese laufzeitunabhängigen Kosten für die Verschaffung des Kapitals, die keine Zinsen im Rechtssinne sind, in die vergleichende Würdigung ein.

Wiederum seien der Zweck, dem sie dienen, und der Vorteil, den sie dem einen oder anderen Teil bringen, von Bedeutung. Unerheblich ist nach Ansicht des Gerichtes, daß die Vermittlungsprovision aufgrund eines eigenen Anspruchs des Maklers gegen den Darlehnsnehmer gefordert werden kann.

---

1) häufig 5 %, weitere Details bei Karbach, insbesonders S. 17 ff, 32 ff, 60 ff
2) BB 79, 966, 967

"Durch die Inanspruchnahme eines Vermittlers erspart der Darlehnsnehmer ... die Auswahl der Bank, die Fahrt oder den Gang zu ihr und die Verhandlungen mit ihr. An ihre Stelle treten für ihn die Auswahl eines Kreditvermittlers und die Verhandlungen mit ihm, die ein Kreditbewerber als vorteilhafter ansehen kann als den Gang unmittelbar zur Bank.

Andererseits erspart sich die Bank, die sich der Dienste eines Kreditvermittlers zur Anbahnung von Kreditverträgen bedient, insoweit die eigene Organisation (z. B. Nebenstellen) mit einem erheblichen Aufwand. Der Umstand, daß nicht nur der Kreditnehmer die im Kreditantrag aufgeführten "Vermittlerauslagen" zu tragen hat, sondern daß auch die Klägerin als kreditgebende Teilzahlungsbank ... von den vom Darlehnsnehmer zu zahlenden Zinsen (Kreditgebühren) einen Zinsanteil von 0,1 bis 0,3 % der ursprünglichen Kreditsumme monatlich an den mit ihr vertraglich verbundenen Kreditvermittler zahlt, zeigt, wie hoch sie die in ihrem eigenen Interesse erbrachte Leistung bewertet." (1)

2. Die Leistungen des Kreditgebers

Auf Seiten des Kreditgebers sind die zu dem vorgesehenen Verwendungszweck tatsächlich gewährte Kapitalnutzung (nach Abzug der von der Bank an einen Vermittler gezahlten Gebühr), gegebenenfalls die für den Kreditnehmer erbrachte Leistung der Kreditvermittlung und der Versicherungsschutz, Bewertungsgrundlage (2).

3. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung

a) Die Maßgeblichkeit des objektiven Wertes

Für das Vorliegen eines auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung kommt es auf die objektiven Werte dieser Leistungen und nicht auf das besondere Interesse eines Vertragsteiles an (3).

b) Der maßgebliche Zeitpunkt

Der maßgebliche Zeitpunkt, an dem das Leistungsverhältnis bewertet werden muß, ist der des Vertragsschlusses (4). Ein nachträglich in Durchführung des Vertrages entstandenes Mißverhältnis zwischen

---

1) BGH BB 79, 966,967; sehr deutlich auch BGH BB 81, 927,930
2) BGH NJW 80, 2074,2075
3) BGH NJW 69, 836,837; NJW 69, 1255,1257; NJW 79, 758
4) BGH WM 66, 585,589; Betr. 68, 2172; WM 77, 393

Leistung und Gegenleistung ist nur dann beachtlich, wenn es auf einer nachträglichen Zusatzvereinbarung beruht (1). Diese vom Reichsgericht bzw. vom BGH getroffenen Feststellungen erfolgten im Rahmen der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Werkverträgen. Klargestellt werden sollte, daß nachträgliche Verzerrungen des Leistungsverhältnisses, z. B. durch Schlechtleistungen einer Seite, bei der Würdigung des Leistungsverhältnisses nicht berücksichtigt werden dürfen.

Auch die neuere Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten geht stillschweigend vom Vertragsschluß als Beurteilungszeitpunkt aus. Davon zu trennen ist die Frage, ob in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte zusätzliche Belastungen für den Fall einer späteren Vertragsstörung, unabhängig vom Eintritt der einen oder anderen Bedingung, bewertet werden dürfen. Dieser Punkt bedarf an anderer Stelle gesonderter Darstellung (2).

c) Die zahlenmäßige Bestimmung des Leistungsverhältnisses

Zur zahlenmäßigen Bestimmung des Leistungsverhältnisses wird die Gesamtbelastung des Darlehensnehmers in einen Prozentsatz per annum vom gewährten Nettokredit umgerechnet.

aa) Die Sachlage

Die Teilzahlungskreditindistute berechnen die monatlichen Ratenzahlungen, indem Nettokredit, Nebenkosten und Kreditgebühren addiert und durch die Zahl der Laufzeitmonate dividiert werden. Die gesamte Kreditgebührenbelastung wiederum ergibt sich, wenn die dem Monatszinssatz vom Nettokredit entsprechende Summe mit der Anzahl der Laufzeitmonate multipliziert wird (3).

---

1) vgl. RGZ 86, 296, 298, 299; BGH WM 77, 299, 400 - beide Entscheidungen betreffen § 138 Abs. 2 BGB
2) dazu unten 2. Kap. A IV 1, S. 69 ff
3) Beispiel: Es wird ein Nettokredit von DM 10.000,- gewährt, Laufzeit 36 Monate, 1 % Zinsen p. M., Nebenkostenbelastung DM 1000,-. Der Kreditgebührensatz beträgt DM 100,- p. M. (1 % von DM 10.000,-), multipliziert mit der Anzahl der Laufzeitmonate ergibt sich eine Kreditgebührenbelastung von DM 3600,-. Der Bruttokredit beläuft sich auf DM 14.600,- (DM 10.000,- + DM 3600,- + DM 1000,-), die Höhe der monatlichen Rate auf DM 405,56 (DM 14.600,-- : 36). Um "glatte" Monatsraten zu erhalten, kann als Ausgleich eine abweichende erste Rate festgesetzt werden.

Diese Art der Ratenzahlungsvereinbarung bedeutet, daß Zinsen nicht wie bei einem "Kredit in laufender Rechnung" getrennt angefordert und abgerechnet, sondern bereits als Bestandteil jeder Ratenzahlung laufend vom Kreditnehmer mitbezahlt werden. Eine bankmäßige Staffelabrechnung ergibt, daß zu Anfang mehr Kosten/weniger Tilgung als gegen Ende der Laufzeit in den Raten enthalten sind. Die monatliche Verschiebung zugunsten des steigenden Tilgungsanteils verläuft wegen prozentualer Abhängigkeit nicht linear, sondern anfangs langsamer als im weiteren Verlauf. Die korrekte finanzmathematische Berechnung stellt sich als aufwendig dar (1).

bb) Die Zulässigkeit annäherungsweiser Berechnung

Der BGH bedient sich in der Literatur (2) entwickelter Formeln, mit deren Hilfe der allgemein verwendete Monatszinssatz zumindest annäherungsweise in den effektiven Jahreszins umgerechnet werden kann.

Ausdrücklich angeführt wird die Formel: (3)

$$\frac{\text{Monatszinssatz x Anzahl der Laufzeitmonate x 24}}{\text{Anzahl der Laufzeitmonate + 1}}$$

Erwähnt wird auch diese Berechnungsmethode (4)

$$\frac{\text{Zinsbetrag x 12 x 100}}{\text{Darlehnsbetrag x Anzahl der Laufzeitmonate}}$$

Einer gewissen Ungenauigkeit dieser Formel ist sich das Gericht bewußt (5):

---

1) so zutreffend LG Frankfurt Betr. 77, 672; OLG Frankfurt/Kassel NJW 78, 1927, 1928; vgl. Hadding S. 148 m. w. N. in FN 29, 30
2) dazu Löwe, NJW 74, 2257 FN 6; Ungnade, WM 75, 1078, 1079; Kessler, NJW 77, 2060; Bachmann, NJW 78, 865, 866; Scholz, WM 80, 322
3) BGH BB 79, 343, 344; so auch schon WM 75, 889, 890; MDR 75, 1010; NJW 79, 540, 541
4) BGH BB 79, 444, 445
5) BGH BB 79, 444, 445; im Urteil vom 12. 3. 81, BB 81, 927, 930 f, wird deshalb dem Tatrichter die Prüfungspflicht auferlegt, ob im Streitfall eine genauere Ermittlung des effektiven Zinssatzes angebracht ist.

"Für den Vergleichszweck (bedarf es) nicht der Anwendung der Zinsstaffel - oder einer sonst gleichwertigen Berechnungsmethode - zur genauen Bestimmung des effektiven Jahreszinses. Denn durch den Vergleich soll nicht der genaue Jahreszinssatz berechnet werden. Vielmehr soll ermittelt werden, ob die Klägerin im Vergleich zu anderen Kreditinstituten, also nach Lage des Kapitalmarkts, ein übermäßig hohes Entgelt für den von ihr gewählten Ratenkredit festsetzte. Ein Vergleich ist dabei dann und nur dann möglich, wenn die zu vergleichenden Zinsen und sonstigen Entgeltleistungen nach ein und derselben Methode behandelt werden."

Die laufzeitunabhängigen Nebenkosten können ebenfalls mit einer Annäherungsformel in einen Prozentsatz p. a. umgerechnet werden; der gefundene Wert muß dann zu dem Jahreszinssatz der Kreditgebühren addiert werden.

Das Gericht erwähnt die Formel: (1)

$$\frac{\text{Kosten in \% x 24}}{\text{Laufzeit in Monaten + 1}}$$

cc) Die Ausweisung der Ergebnisse

In den neueren Urteilen des BGH wird z. T. nur der sich aus der Höhe der Kreditgebühren errechnete Effektivzinssatz angegeben (2), z. T. der aus Kreditgebühren und Bearbeitungsgebühr gebildete Satz (3), z. T. wird die gesamte Belastung einschließlich Vermittlerkosten und Versicherungsprämie in einer Prozentzahl verdeutlicht (4). Wird die gesamte Kostenlast nicht prozentmäßig zusammengefaßt, werden die nichteinbezogenen Posten zumindest genannt, manchmal der Prozentsatz der konkreten Gebühr vom Nettokredit ausgeworfen (5).

d) Der Vergleichsmaßstab

Schon das Reichsgericht (6) bestimmte, daß den Maßstab für die Entscheidung, ob Vermögensvorteile und Wert der Leistungen in einem auffälligen Mißverhältnis stehen, im allgemeinen das verkehrsübliche

---

1) BGH WM 79, 1209, 1211 ohne Quellenangabe; vgl. aber Scholz a. a. O.; Palandt-Heinrichs § 246 Anm. 2a
2) BGH BB 79, 343, 344
3) so BGH BB 79, 444, 445; WM 79, 1035, 1036
4) BGH 79, 966, 968; NJW 80, 2074, 2075
5) BGH BB 79, 444, 445; Restschuldversicherungsprämie in Höhe von 10, 79 % des Darlehens
6) JW 09, 215

Äquivalent abgeben (1).

aa) Die Herausarbeitung des Maßstabes in der älteren BGH-Rechtsprechung

Eine detaillierte Herausarbeitung des Vergleichsmaßstabes ist in der BGH-Rechtsprechung zunächst ausgeblieben. Das Gericht begnügte sich damit, die Höhe des effektiven Jahreszinses zu beurteilen, ohne die marktüblichen Konditionen näher zu definieren (2). Es bestand die Tendenz, die Grenzen des Erlaubten an absoluten Zahlen zu messen, die nicht überschritten werden durften, es sei denn, besondere Umstände des Einzelfalles rechtfertigten dies. Nur die verwendeten Begriffe - "ungewöhnlich hoher Zinssatz" (3) oder das Übersteigen von "jedem vernünftigen Maß" (4) - deuten auf den Marktvergleich mit "durchschnittlichen Zinssätzen" oder einem "vernünftigen Maß" hin.

Nennenswerte Bedeutung erlangte insbesonders eine Entscheidung aus dem Jahre 1971 (5), in der ein Zinssatz von 40 % p. a. für ein Darlehen zum Betrieb einer Kiesgrube auch unter Berücksichtigung besonderer Umstände nicht mehr als zulässig angesehen wurde. Diese 40 %-Grenze ist von Obergerichten (6), in der Literatur (7) und vom BGH selbst (8) wieder aufgegriffen worden.

Speziell auf nichtgewerbliche Ratenkredite bezogen, äußerte sich das Gericht (9) recht allgemein dahingehend, daß

> "es auch möglich wäre, den Vertrag unmittelbar an den sonst gebräuchlichen, als wirtschaftlich tragbar angesehenen Bedingungen für Ratenkredite und für Darlehen der Teilzahlungsbanken zu messen."

---

1) so auch BGH Betr. 66, 1884
2) vgl. BGH BB 62, 156; Betr. 56, 326 f
3) BGH Betr. 56, 326
4) BGH BB 62, 156
5) BGH WM 71, 857, 858
6) z. B. OLG Nürnberg MDR 76, 399
7) z. B. Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 4a, aa
8) WM 78, 1349, 1350
9) BGH MDR 75, 1010

Im Jahre 1978 erwähnt eine Entscheidung (1) die Bandbreite der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses üblichen Monatszinssätze und vergleicht diese mit dem zu beurteilenden Sachverhalt.

bb) Die Konkretisierung des Maßstabes in der neueren Rechtsprechung

Erst in der neueren Rechtsprechung (2) wird der Begriff der marktüblichen Konditionen durch Bestimmung des maßgeblichen Marktes eingegrenzt. Dabei stellt das Gericht klar, daß beim Marktvergleich ein eigener Markt für Teilzahlungsbanken, in Abgrenzung zu den Konditionen der Sparkassen und Großbanken, nicht anerkannt wird. Der gesamte Markt für Ratenkredite in vergleichbarer Höhe mit vergleichbarer Laufzeit ist maßgeblich.

Als Begründung wird angeführt,

- daß Teilzahlungsbanken und andere Kreditinstitute sich mit ihren Ratenkreditangeboten jedenfalls zum Teil an Interessenten in gleicher Lage wenden und insoweit als Mitbewerber um Kunden auftreten (3),
- daß sonstige preisbestimmenden Größen auf dem "Kapital- und Kreditmarkt" und damit auch die allgemeinen und besonderen Risiken im Rahmen der Gesamtbetrachtung des Vertrages erheblich werden können (4);

somit ist nach Ansicht des Gerichtes eine engere Markteingrenzung weder geeignet noch notwendig, um den Kreditvertrag umfassend und interessengerecht zu würdigen.

cc) Die Heranziehung der Statistik der Deutschen Bundesbank

(1) Die Sachlage

Die Deutsche Bundesbank erfragt im Rahmen der Zinsstatistik die in einem bestimmten Zeitraum von 434 Kreditinstituten aller Art am häufigsten vereinbarten Zinssätze für Ratenkredite von DM 2000,-

---

1) BGH WM 78, 1349, 1351
2) BGH BB 79, 966, 968; NJW 80, 2074, 2075; in BB 79, 343, 344 wird nur auf MDR 75, 1010 verwiesen
3) BGH NJW 80, 2074, 2075; BB 81, 927, 929
4) BGH NJW 80, 2074, 2075; NJW 80, 2076, 2077

bis unter DM 5000,-- mit Laufzeiten von 12 bis 24 Monaten einschließlich. Neben diesen Zinssätzen, die in Prozent pro Monat vom ursprünglich in Anspruch genommenen Kreditbetrag gemeldet werden, berechnete Bearbeitungsgebühren werden in der Erhebung nicht berücksichtigt. Die in den Monatsberichten der Bundesbank veröffentlichen Ergebnisse weisen für Ratenkredite einen durchschnittlichen Zinssatz sowie die Streubreite der verlangten Zinsen aus. Die Durchschnittssätze sind als ungewichtetes, arithmetisches Mittel aus den innerhalb der Streubreite liegenden Zinsmeldungen errechnet. Die Streubreite wird ermittelt, indem jeweils 5 % der Meldungen mit den höchsten und niedrigsten Zinssätzen ausgesondert werden (1). Angaben über bestimmte Bankengruppen sind nicht verfügbar.

(2) Die Stellungnahme des BGH

Im Urteil vom 10. 7. 1980 (2) hat der BGH zur Möglichkeit der Heranziehung der von der Bundesbank ermittelten Durchschnittszinssätze als Vergleichsmaßstab Stellung genommen.

Dem Gericht lag ein Kreditvertrag mit einer Darlehenssumme von DM 8. 243, 90 und einer Laufzeit von 47 Monaten zur Beurteilung vor; im Hinblick auf die Verwertbarkeit der Zinsstatistik hat es ausgeführt:

> "Die der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank entnommenen Zahlen beziehen sich zwar auf Ratenkreditverträge, die bei Laufzeit und Darlehnshöhe von dem vorliegenden Darlehensvertrag abweichen. Die Statistik beruht auch nicht auf einem vollständigen Überblick der Marktverhältnisse. Auf ihrer Grundlage läßt sich aber für die Gesamtwürdigung in hinreichender Weise feststellen, daß die von der Klägerin berechneten Entgelt- und sonstigen Leistungen für die angesprochenen Kreditsuchenden in wirtschaftlich schlechter Lage im Vergleich zu den Raten- und Teilzahlungskrediten anderer Kreditinstitute besonders hoch sind, und daß die Kreditnehmer dadurch übermäßig belastet werden."

e) Die das entgeltliche Leistungsverhältnis beeinflussenden Umstände

Schon in der älteren Rechtsprechung hat der BGH (3) besondere Umstände

---

1) zur Erhebungsmethode vgl. Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, 19. Jahrg., Nr. 10, Oktober 1967, S. 46 ff
2) WM 80, 1111, 1112
3) Betr. 66, 1884; BB 62, 156; WM 71, 856, 857; WM 78, 1349, 1350 f

hervorgehoben, die die Bewertung des entgeltlichen Leistungsverhältnisses unmittelbar beeinflussen können.

aa) Das Risiko des Geschäfts

Im Anschluß an die Reichsgerichtsrechtsprechung (1) wird dem mit dem Geschäft verbundenen Risiko besondere Beachtung geschenkt (2). Ein versprochener hoher Vermögensvorteil steht dann nicht in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung, wenn mit diesem ein erhebliches Risiko verbunden ist (3). Zu trennen ist zwischen dem Risiko des konkreten Geschäftes und dem allgemein höheren Risiko einer bestimmten Art von Verträgen. Ein Kreditgeber kann sich nicht auf das erhebliche Risiko in einem Einzelfall berufen, wenn er die Kreditwürdigkeit nicht diesbezüglich individuell bewertet hat (4).

Auf die Risikobewertung wirkt ein, in welchem Umfang dem Kreditgeber Sicherheiten zur Verfügung gestellt werden. Bei umfassender Absicherung kann das Risiko insgesamt entfallen (5). Ebenso kann der Verwendungszweck Bedeutung erlangen.

bb) Weitere objektive Kriterien

Weitere objektive Kriterien, wie das Geschäft betreffende öffentlichrechtliche Vorschriften, können Bedeutung erlangen. Im Rahmen der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Grundstücksverkaufs hat der BGH (6) festgestellt, daß bei einem, den vorgeschriebenen Stoppreis übersteigenden, wahren Wert des Grundstückes nicht ohne weiteres von einem auffälligen Mißverhältnis gesprochen werden könne, da die Veräußerung zu einem höheren Preis rechtlich gar nicht zulässig gewesen wäre.

cc) Die Nichtberücksichtigung des Eigenaufwandes des Kreditgebers

Nicht darauf ankommen soll es, welchen Aufwand der Kreditgeber selbst (Eigenkosten, insbes. Refinanzierungskosten) aus besonderen

---

1) JW 09, 215
2) vgl. BGH Betr. 66, 1884; WM 71, 857, 858; WM 78, 1349, 1350 f
3) BGH Betr. 66, 1884 - der Beurteilung oblagen Zinshöhen von 32,51 % - 46,51 % p.a.
4) BGH WM 79, 966, 968
5) vgl. BGH BB 79, 444, 446; WM 80, 1111, 1112
6) Betr. 68, 2172

Gründen für den gewährten Kredit hat (1); entscheidend ist der objektive Marktvergleich. Demgegenüber sollen preisbestimmende Größen wie die Refinanzierungskosten bei der Gesamtbetrachtung wieder erheblich werden können (2).

Verständlicher wird diese Differenzierung bei Heranziehung älterer Entscheidungen des BGH. Da der objektive Wert der Leistungen maßgeblich ist (3), sind besondere Umstände beim Kreditgeber, wie hohe Eigenkosten, ohne Belang (4).
Erst im Rahmen der umfassenden Gesamtwürdigung des Geschäftes werden zusätzliche Momente einbezogen. Hier findet neben dem Verkehrswert auch Berücksichtigung, welchen Wert die Leistung vom Standpunkt des Kreditgebers aus hatte und welche den Gewinn mindernden Unkostenfaktoren zu berücksichtigen waren (5).
Es sei schon an dieser Stelle angemerkt, daß die Frage der Eigenkosten auch nicht im Rahmen der Gesamtwürdigung, insbesonders nicht bei Prüfung subjektiver Momente, von der neueren Rechtsprechung angesprochen wird.

f) Die quantitative Eingrenzung des entgeltlichen Leistungsverhältnisses

Mit quantitativen Angaben, wann die Grenze zum auffälligen Mißverhältnis überschritten wird, hat sich der BGH (6) von jeher zurückgehalten. Er betont jeweils die Umstände des Einzelfalles, die Notwendigkeit der Gesamtwürdigung, um aus diesen Umständen ein Einzelfallergebnis vorzulegen. Zinssätze über 50 % p. a., jeweils gewerbliche Kredite betreffend, sind sämtlich für nichtig erklärt worden (7). Darüberhinaus kann die vom II. Zivilsenat als Grenzwert benannte

---

1) BGH BB 79, 966, 968
2) BGH NJW 80, 2074, 2075
3) BGH NJW 69, 1255, 1257
4) Demgegenüber kann ein hohes Risiko durchaus Einfluß auf den "Marktpreis" haben, mithin für den Vergleich mit dem verkehrsüblichen Äquivalent von Bedeutung sein.
5) vgl. BGH LM § 138 (Bb) Nr. 43; NJW 79, 758
6) vgl. NJW 51, 397; Betr. 56, 326, 327; NJW 57, 1247, 1248; BB 62, 156; Betr. 66, 1884; WM 71, 857, 858; MDR 75, 1010
7) BGH BB 54, 174; WM 66, 399; WM 66, 832, 835; Betr. 67, 678; Betr. 76, 766; siehe noch Hadding S. 216 f

Effektivverzinsung von 40 % p. a. als quantitativer Anhaltspunkt vermerkt werden (1).

Die neuere Rechtsprechung geht auf diese Zinsgröße nicht mehr ein. Dennoch wird der Rahmen der "40 %-Grenze" nicht verlassen.

Im Urteil vom 11. 1. 1979 (2) betrug der aus Kredit- und Bearbeitungsgebühren gebildete Effektivzinssatz 27, 1 % p. a., die Gesamtbelastung des Kreditnehmers einschließlich Vermittlerkosten und Restschuldversicherungsprämie erreichte eine Höhe von über 34, 2 % p. a.. In der Entscheidung vom 29. 6. 1979 (3) nennt das Gericht eine Gesamtbelastung von über 35, 2 % p. a., in weiteren Urteilen betrugen die Gesamtkosten 32 % p. a. (4) bzw. 30, 1 % p. a. (5).

Trotz dieser beachtlichen Zinshöhen hat der BGH in keinem Urteil der neueren Rechtsprechung ein auffälliges Mißverhältnis zwischen den entgeltlichen Leistungen angenommen. Entweder hat das Gericht ausdrücklich festgestellt, daß das Leistungsverhältnis nicht ausreicht, um die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit zu bejahen (6) oder diese Frage offengelassen (7).

Auch beim Vergleich mit den gebräuchlichen, als wirtschaftlich tragbar angesehenen Bedingungen für Ratenkredite werden Verhältniszahlen oder Grenzwerte, etwa die doppelte oder dreifache Belastung, nicht genannt (8).

Im Urteil vom 11. 1. 1979 (9) wird mitgeteilt, daß nach Feststellungen des Berufungsgerichtes die X-Bank inklusive Bearbeitungsgebühr 15, 1 % Jahreszinsen berechnete, eine Teilzahlungsbank 21, 68 %.

---

1) WM 71, 857, 858; WM 78, 1349, 1350; vgl. schon Betr. 56, 326, 327
2) BB 79, 444, 445
3) WM 79, 966, 968
4) NJW 80, 1074, 1075
5) WM 80, 1111, 1112
6) BB 79, 343, 345; BB 79, 444, 445; etwas unklar WM 79, 966, 968
7) NJW 80, 2074, 2075; WM 80, 1111, 1112
8) Nur im Rahmen der Beurteilung eines Automatenaufstellvertrages hat der BGH bei einem Faktor von etwa 2, 5 ein auffälliges Mißverhältnis bejaht. NJW 79, 758
9) BB 79, 444, 445

Zur Entscheidung stand die Bewertung eines Kredites mit 27,1 % Effektivverzinsung p. a. (Kredit- und Bearbeitungsgebühren) bzw. 34,2 % p. a. Gesamtbelastung. Trotz einer Kostendifferenz zwischen X-Bank und dem klagenden Teilzahlungskreditinstitut von über 100 % lehnte der BGH ein Mißverhältnis zwischen den entgeltlichen Leistungen ab.

Dem Urteil vom 10. 4. 1980 (1) lagen Feststellungen des Berufungsgerichtes zugrunde, wonach die Kreditnehmer bei einer Sparkasse einen Kredit zu einem effektiven Jahreszins von 8,5 % erhalten hätten, während die beklagten Kreditgeber 23,61 % (Kredit- und Bearbeitungsgebühren) bzw. ca. 32 % (Gesamtbelastung) forderten. Der BGH hat die Frage des Mißverhältnisses dahingestellt gelassen, obwohl sich das Verhältnis oberhalb der 300 %-Grenze (oder 200 % mehr) bewegte (2).

IV. Die Gesamtbetrachtung aller objektiven Umstände

Im Urteil vom 9. 11. 1978 (3) und dann in ständiger Rechtsprechung (4) hat der BGH den Katalog der bei der Gesamtbetrachtung zu würdigenden Umstände erheblich erweitert. Über die das entgeltliche Leistungsverhältnis unmittelbar beeinflussenden Faktoren, insbesonders den Grad des Risikos, hinaus werden die vom Kreditgeber formularmäßig festgelegten Kreditbedingungen nach Aufbau und inhaltlicher Ausgestaltung, die Tatsache, ob der effektive Jahreszins im Kreditantrag aufgeführt ist oder nicht, ob Aufklärungspflichten verletzt worden sind u. a. zusätzlich und mit entscheidendem Gewicht bewertet.

Zwar entsprach es bereits ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichtes (5), daß der aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Motiv zu entnehmende Gesamtcharakter über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit entscheidet; schon vor dem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1936 (6) hat das Gericht § 138 Abs. 1 BGB angewendet, wenn zum auffallenden Mißverhältnis ein neues Tatbestandsmoment hinzu-

---

1) NJW 80, 2074, 2075
2) siehe auch BB 80, 1111, 1112 und WM 79, 966, 968
3) BB 79, 343 ff
4) BB 79, 444 ff; WM 80, 1111, 1112 m. w. N.
5) RGZ 56, 229, 231; 78, 258, 263; 80, 219, 221; 98, 75, 76
6) Z 150, 1 ff

gekommen ist, wenn also z. B. das Mißverhältnis auf der "unerlaubten und unsittlichen Ausnutzung der allgemeinen Schwierigkeiten des Geld- und Arbeitsmarktes (1)" beruht hat, auf "Handlungen, die einer Erpressung sehr nahestehen" (2). Im Gegensatz zur neueren Rechtsprechung stand damals aber das auffällige Mißverhältnis nicht im Zweifel, es ging allein darum, daß zur Bejahung des § 138 Abs. 1 BGB ein weiteres Element n e b e n dem Mißverhältnis notwendig war, da "selbst das ungeheuerlichste Mißverhältnis" die Nichtigkeit nicht auslösen konnte (3).

Die neuere Rechtsprechung stellt Bezüge zu anderen anerkannten Fallgruppen nicht auf; ihr muß im Rahmen der Rechtsprechung über Äquivalenzstörungen im Bereich des Konsumentenkredites eigenständige Bedeutung zugemessen werden.

Diese "sonstigen Umstände" bedürfen gesonderter Darstellung.

1. Die inhaltliche Ausgestaltung der Kreditbedingungen

Schon in der Eingangsformel, die die neuere Rechtsprechung verwendet, wird die Bedeutung der einseitig vom Kreditgeber festgelegten Vertragskonditionen manifestiert. Im Urteil vom 10. 7. 1980 (4) erklärt der BGH ausdrücklich, unter Verweis auf die neuen Grundsätze, daß bei der Gesamtwürdigung des Inhalts, des Zwecks und der Geschäftsumstände "die vertraglich festgelegten Leistungen und Gegenleistungen, sowie die sonstigen Regelungen, insbesonders auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Darlehensgebers, heranzuziehen sind" (5). Im einzelnen finden die nachfolgend angeführten Klauseln Erwähnung.

a) Die Verzugsregelungen

Eine beträchtliche Erhöhung der sowieso schon starken Belastung des Kreditnehmers durch zusätzliche Zahlungspflichten im Falle des Verzuges

---

1) RGZ 93, 27, 29
2) RGZ 83, 109, 113; vgl. auch RG JW 1935, 278 Nr. 9
3) RGZ 93, 27, 29
4) WM 80, 1111, 1112
5) Das Gericht sieht sich zur Auslegung befugt, da die AGB für eine unbestimmte Vielzahl von Verträgen über den Bezirk des jeweiligen Oberlandesgerichtsbezirkes hinaus Verwendung fänden - BGH WM 79, 966, 967

greift nahezu jede der neueren Entscheidungen auf (1). Dabei ist, wie das Urteil vom 10. 4. 1980 (2) klargestellt hat, ohne Belang, ob die nachteiligen Bedingungen im konkreten Fall Anwendung gefunden haben oder nicht.

Es handelt sich bei diesen Kosten in der Regel um Mahngebühren sowie zusätzliche Verzugsgebühren. Das Gericht begnügt sich damit, die entstehende Mehrbelastung aufzulisten, ohne die Klauseln einer rechtlichen Einzelprüfung, z. B. hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) zu unterziehen. Allenfalls erfolgt ein knapper rechtlicher Hinweis:

> "Die Bank erhebt ... Mahngebühren von DM 5,-- für jede Ratenmahnung. Ihr sollen 1,5 % Verzugszinsen aus dem geschuldeten Betrag für jeden angefangenen Monat, mindestens DM 2,-- zustehen. Zu dem monatlichen Ratenbetrag gehört der entsprechende Anteil an dem Teilzahlungszuschlag, also an Zinsen. Die Bank soll somit ... berechtigt sein, insoweit entgegen dem Zinseszinsverbot (§ 248 Abs. 1, § 289 S. 1 BGB) Zins von Zinsen zu fordern." (3)

b) Die Regelungen über die vorzeitige Fälligstellung

Angeführt (4) wird die Klausel, dergemäß der gesamte Darlehensrest u. a. fällig wird, wenn der Darlehensnehmer mit einer Rate länger als 20 Tage im Rückstand ist. Dabei steht es im Ermessen der Bank, sich auf diese Fälligkeit zu berufen.

c) Die Folgenregelungen bei vorzeitiger Fälligkeit

Wird infolge des Verzuges oder einer anderen festgelegten Vertragsstörung der Kredit zur sofortigen Rückzahlung fällig, treten nach den dem BGH vorgelegten Bedingungen der Teilzahlungskreditinstitute diverse Zahlungsverpflichtungen in Kraft.

aa) Die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen

---

1) vgl. BGH BB 79, 343, 344; BB 79, 444, 445; WM 79, 966, 968; NJW 80, 2074, 2076; NJW 80, 2076, 2078; WM 80, 1111, 1113
2) NJW 80, 2074, 2076
3) BB 79, 343, 344
4) BGH WM 79, 966, 968

Der Verzugsschaden ist durch Entrichtung eines Zinses abzugelten, der entweder in einem Monatssatz (1) oder in einem Tagessatz (2) ausgewiesen wird. Die Verzinsung bezieht sich entweder auf den gesamten Ratenkredit zur Zeit der Fälligstellung, so daß auf den darin enthaltenen Kreditgebührenanteil, also auf Zinsen, Zinsen erhoben werden (3), oder die Zinsverpflichtung ist auf die Restforderung nach Abzug nicht verbrauchter Kreditgebühren beschränkt (4).

bb) Die Verpflichtung zur Zahlung zusätzlicher Gebühren

Eine Reihe von zusätzlichen Gebühren, die in manchen Fällen ebenfalls der Verzinsung unterliegen (5), können dem Kreditnehmer in Rechnung gestellt werden. Fällig werden kann eine einmalige "Verwaltungsgebühr" oder "Bearbeitungsgebühr" aus dem gesamten, offenstehenden Darlehensbetrag (6) oder aus dem Nettorestkredit (7) in Höhe von 2 - 5 % des jeweiligen Betrages.

Daneben können Gebühren für Sonderbearbeitungen anfallen, die z. T. nicht näher aufgeschlüsselt werden (8), z. T. als Gebühren eines Inkassoinstitutes oder als erstattungsfähige Kosten der Rechtsverfolgung gegen Mitschuldner näher definiert werden (9). Zusätzliche Kosten werden bei der Übertragung eines Kontos in die Rechtsabteilung der Teilzahlungsbank fällig, die nochmals 3 - 5 % der Restforderung (10) oder der anhängig gemachten Forderung (11) ausmachen können.

Der BGH kritisiert, daß zwischen Verzugszinsen, Bearbeitungsgebühr und den Aufwendungen für nicht näher bestimmte "Sonderbearbeitungen" der Bezug fehle (12). Zwar könnten Verwaltungsaufwand und Verzugsschaden (insbes. Refinanzierungskosten) durchaus in pauschaler Form

---

1) so in BGH WM 79, 966, 968 - 1,95 % p. M.
2) so in BGH BB 79, 343, 345 - 0,05 % p. T.
3) so in BGH BB 79, 343, 345
4) so in BGH WM 79, 966, 968
5) vgl. BGH BB 79, 444, 445
6) so in BGH BB 79, 343, 345
7) so in BGH NJW 80, 2074, 2076
8) vgl. BGH BB 79, 343, 345
9) vgl. BGH NJW 80, 2074, 2076
10) vgl. BGH WM 79, 966, 968
11) vgl. BGH NJW 80, 2074, 2076
12) BB 79, 343, 345

abgegolten werden (1); soweit sie diesem Zweck nicht mehr dienten, hätten sie den Charakter einer unselbständigen Vertragsstrafe. Das Kreditinstitut binde sich nicht an die in § 91 Abs. 2 ZPO bestimmten Grenzen des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs (2, 3).

d) Die Regelung der Gebührenrückvergütung

aa) Der rechtliche Hintergrund

Bei vorzeitiger Beendigung des Kreditvertrages erlischt der Anspruch auf Zinszahlung; aus § 608 BGB ergibt sich, daß nur für die Zeit der Kapitalgewährung Zinsen verlangt werden können (4). Da im Kreditvertrag der Gesamtkredit einschließlich der in der vollen Laufzeit anfallenden Kreditgebühren errechnet worden ist, muß die offene Restforderung um den Anteil der nicht verbrauchten Kreditgebühren gekürzt, dem Kreditnehmer also gutgeschrieben werden (5).

Nach Ansicht des BGH (6) dient die Ausweisung des Entgelts in einem gleichbleibenden Monatssatz der Bestimmung des gesamten Zinsertrages. Dies sei dem Darlehensnehmer erkennbar ebenso wie die Tatsache, daß die Angaben bei verkürzter Laufzeit gegenstandslos seien. Eine Rückerstattung auf linearer Basis, d. h. berechnet nach dem

---

1) zur abstrakten Schadensberechnung einer Bank, vgl. BGH NJW 79, 895, 896
2) BGH BB 79, 343, 345 unter Hinweis auf Bachmann, NJW 78, 865
3) Diese Gebühren können nach den jeweiligen Kreditbedingungen zumindest teilweise auch dann anfallen, wenn der Kreditnehmer selbst den Vertrag vorzeitig kündigt, z. B. bei einer Ablösung. Die hier, insbesonders im Hinblick auf § 247 BGB entstehende Problematik spricht der BGH nicht an, vgl. Buß NJW 77, 1520 f; Kessler, NJW 77, 2060 f
4) Canaris, NJW 78, 1891, 1897, der allerdings die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs wegen schuldhafter Veranlassung der vorzeitigen Vertragsbeendigung analog § 628 Abs. 2 BGB diskutiert; sehr streitig, weitere Nw. a. a. O.; hierzu hat der BGH nicht Stellung genommen; vgl. noch Lammel BB, Beilage 8/80, 15 f; Hadding S. 261, 264 m. w. N.; OLG Hamm TW 1/79, 23
5) streitig, zum Meinungsstand und m. w. N. Hadding, S. 265 f
6) WM 75, 889, 890; NJW 79, 540, 541

vereinbarten Monatssatz für die nicht verbrauchte Laufzeit (1) lehnt das Gericht ab:

> "Nach der Auszahlung der Darlehenssumme stellt der Darlehensgeber die gesamten Valuta zur Verfügung. Auf diesen Zeitraum entfällt daher der höchste Zinsbetrag. Jede Zahlung einer monatlichen Tilgungsrate ermäßigt nicht nur den ausstehenden Kapitalbetrag, sondern auch den darauf entfallenden Zinsanteil. Daher kann die Hälfte eines im Darlehnsvertrag gleichmäßig auf die gesamte Laufzeit verteilten monatlichen Zinsertrages bereits nach einem Drittel der vorgesehenen Laufzeit verbraucht sein." (2)

Der BGH verlangt eine staffelmäßige Abrechnung, die mit Hilfe einer Annäherungsformel vorgenommen werden kann (3).

bb) Die Würdigung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB

Angeführt wird, wenn in den Darlehnsbedingungen ein Anspruch auf Erstattung nicht verbrauchter Kreditgebühren nicht besteht oder auf Ablösungen durch den Kreditnehmer beschränkt wird (4). Moniert wird auch, wenn die Grundsätze der Zurückzinsung, das technische Verfahren, nicht angegeben werden (5). Die Regelung, daß die Darlehensnehmer eine Rückvergütung "in Höhe von 5 % Jahreszinsen erhalten, soweit der Darlehensrest mindestens DM 200,- beträgt und mindestens drei Raten vorzeitig abgelöst werden", wird ohne Kommentierung zitiert (6).

---

1) Die Formel zur Berechnung lautet:
Kapital x Monatszinssatz x Restlaufzeit : 100
siehe Lammel BB, Beilage 8/80, 16 m.w.N. in FN 195

2) BGH NJW 79, 540, 541 unter Hinweis auf Scholz, BB 77, 1428 f und TW 6/73, 33

3) BGH a.a.O.; die üblicherweise verwendete Formel lautet:

$$\text{Rückvergütung} = \frac{\text{Nettokredit x Restlaufzeit}^2 \text{ x Monatssatz}}{\text{Ursprungslaufzeit x 100}}$$

siehe Lammel BB, Beilage 8/80, 16 FN 198; ferner Löwe-Graf von Westphalen - Trinkner, § 9 Rdnr. 67; der BGH-Entscheidung lag eine vorzeitige Ablösung des Kreditnehmers zugrunde; zu weiteren Fragen, insbesonders bei Fälligstellung durch die Bank, Hadding S. 265 f m.w.N.

4) BGH BB 79, 444, 445; WM 79, 1035, 1037

5) BGH WM 79, 966, 969

6) BGH a.a.O.

e) Die Regelungen über die Zinsanpassung

Negativ vermerkt der BGH (1), wenn das Kreditinstitut sich auf der einen Seite bei Erhöhungen des Diskontsatzes der Bundesbank von mehr als 0,5 % gegenüber dem Tag der Antragstellung eine Anpassung vorbehält, während dem Darlehensnehmer eine Ermäßigung der Kreditgebühren bei einer Senkung des Diskontsatzes versagt bleibt (2).

f) Die Beweisregelungen

Aufgeführt werden Klauseln, wiederum ohne detaillierte Einzelbewertung, in denen das Kreditinstitut seine Bücher und Aufzeichnungen über Bestand und Höhe der Schuld "bis zum Beweis der Unrichtigkeit" als maßgeblich deklariert; dies gilt auch für die Bestimmung, der gemäß ein durch einfachen Brief übersandtes Schreiben "als ordnungsgemäß zugestellt" gilt (3).

2. Die äußere Gestaltung der Kreditbedingungen unter Berücksichtigung des Adressatenkreises

Unübersichtlichkeit in der Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Verbindung mit der Tatsache, daß sich Teilzahlungsbanken (auch) an rechtsunkundige und geschäftsungewandte Kreditbewerber wenden, ist ein weiterer, für die Sittenwidrigkeitsprüfung bedeutsamer Umstand.

Moniert wird im einzelnen, daß Zinserhöhungen bei Diskontsatzanhebungen nur im kleingedruckten Text auf der Rückseite des Formulares niedergelegt sind, daß Verzugsfolgenregelungen auf verschiedene Textstellen auf der Rückseite verteilt sind, zusätzliche Belastungen an versteckter Stelle abgedruckt sind (4).

Im Urteil vom 10.4.1980 (5) heißt es noch weitergehend:

> "Die Beklagte hat sich diese Belastungsmöglichkeiten in den auf der Rückseite des Kreditvertrages aufgedruckten Kredit-

---

1) BB 79, 444, 446
2) ähnlich BGH WM 79, 1035, 1037
3) BGH WM 79, 1035, 1037
4) vgl. BGH BB 79, 343, 345; BB 79, 444, 445 f; WM 79, 1035, 1037
5) NJW 80, 2074, 2076

bedingungen vorbehalten. Dort erwarten geschäftsunerfahrene oder rechtsunkundige Kreditbewerber keine ihnen nachteiligen Bedingungen dieser Art."

Daraus folgt:

"Die kleingedruckten "Weiteren Darlehensbedingungen" auf der Rückseite des Darlehensantrages werden sie bei Stellung des Antrages häufig übersehen oder, selbst wenn sie sie lesen, nicht voll erfassen." (1)

Nach Auffassung der Bundesrichter kann schon aufgrund der äußeren Gestaltung das Risiko des Geschäftes, insbesonders für den Fall der Vertragsstörung mit den dann entstehenden zusätzlichen Belastungen, nicht mehr abschätzbar sein. Dies gilt umso mehr, wenn Unübersichtlichkeit, sprachliche Ungenauigkeit und mangelnde Präzisierung, z. B. über das Verhältnis der anfallenden Zusatzleistungen zueinander, zusammentreffen und dem Darlehensnehmer praktisch die Möglichkeit, die Gesamtbelastung in Extremfällen abzuschätzen, gar nicht gegeben wird (2).

3. Die Angabe des effektiven Jahreszinses

a) Die Rechtslage

aa) Der Inhalt des § 1 der Verordnung über Preisangaben

Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 der Verordnung über Preisangaben (PrAngV) vom 10. 5. 1973 (3) hat derjenige, der Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Leistungen anbietet oder unter Angabe von Preisen gegenüber Letztverbrauchern wirbt, Preise anzugeben, die einschließlich aller Preisbestandteile (unabhängig von einer Rabattgewährung) zu zahlen sind. § 1 Abs. 4 PrAngV stellt eine Sonderregelung für das Kreditgewerbe dar. Bei Krediten sind der unter Zugrundelegung der gesamten Laufzeit des Kredites, der Vermittlungskosten und der sonstigen Kosten sich ergebende Preis in vom Hundert des Kredits für das Jahr unter der Bezeichnung "effektiver Jahreszins" anzugeben.

---

1) BB 79, 343, 345; ebenso WM 79, 1035, 1037; WM 79, 966, 969
2) vgl. WM 80, 1111, 1113 m. w. N.
3) BGBl. I, 461

Die Angabe des gesamten "Preises", der für einen Kredit zu zahlen ist, soll dem privaten Kunden (Letztverbraucher) einen Vergleich der Kreditangebote der verschiedenen Kreditinstitute ermöglichen und ihm die Entscheidung erleichtern, ob er einen Kredit und gegebenenfalls welchen Kredit er in Anspruch nehmen kann. Die aufzuführenden Kosten müssen nicht laufzeitabhängig sein. Dementsprechend ist nach Ansicht des BGH (1) der anzugebende effektive Jahreszins aus der entstehenden Gesamtbelastung, einschließlich der Kosten der Restschuldversicherung, zu berechnen.

Auf in der Praxis entstandene Auslegungsschwierigkeiten geht das Gericht nur knapp ein; es stellt fest, daß der vorgedruckte und noch weiter auszufüllende Text des Kreditvertrages, der ohne die Unterschrift des Kreditbewerbers nur die vom Kreditgeber vorformulierten Kreditbedingungen wiedergibt, bei vollständiger Ausfüllung durch die Bank deren schriftliches "Angebot" zur Leistung im Sinne der Vorschrift (§ 1 Abs. 1 S. 1) enthält (2). Unbeschadet sonstiger Möglichkeiten zur Erfüllung ihrer Pflicht nach der PrAngV könne die kreditgebende Bank den sich nach § 1 Abs. 4 PrAngV ergebenden "Preis" in diesem Formular angeben (3).

bb) Die Rechtsfolgen des Verstoßes

Die Verordnung über Preisangaben richtet sich - so der BGH (4) - nur an den Anbieter, regelt dessen Verpflichtung zur Auszeichnung der Preise und stellt etwaige Verstöße in § 6 unter die Straf- und Bußgeldvorschriften des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954. Die Verordnung gehöre mithin ausschließlich zum Preisordnungsrecht. Die Rechtswirksamkeit des Darlehensvertrages werde durch einen Verstoß nicht berührt (5).

---

1) BB 79, 343, 344
2) BGH NJW 80, 2074, 2076
3) BGH a. a. O., vgl. BayObLG BB 77, 213; Scholz, WM 80, 322, 324; eingehend auch zu weiteren Einzelfragen, Hadding, S. 145 ff m. W. N.; Marschall, S. 163 f
4) NJW 79, 540, 541
5) siehe auch BGH WM 80, 1111, 1113

Eine entsprechende Anwendung von § 1a Abs. 3 Abzahlungsgesetz (AbzG), wonach bei Nichtangabe des Effektivzinses nur eine zinslose Verbindlichkeit in Höhe des überlassenen Kapitals begründet wird (1), ist nach Ansicht des Gerichtes nicht gerechtfertigt (2). Die Sanktion die Zinsabrede bei fehlendem Hinweis auf den Effektivzins für ungültig zu erklären, sei vom Gesetzgeber nur für den Warenkredit vorgesehen. Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die auf Abzahlungsgeschäfte zugeschnitten sei, lehnt das Gericht es ab, die Regelungen des § 1a AbzG allgemein auf Ratenkredite zu übertragen.

b) Die Beurteilung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB

Durch die Vorenthaltung der Angabe des Effektivzinses im Kreditantragsformular wird es dem Darlehensnehmer erschwert, die Belastung zuverlässig zu beurteilen; dies fällt für den BGH (3) bei der Bewertung der Gesamtumstände ins Gewicht.

Die Nichtangabe (4) des effektiven Jahreszinses stellt sich demnach als einer der "sonstigen Umstände" dar, die isoliert keine zivilrechtliche Folge auslösen, als negatives Element aber Baustein zum "sittenwidrigen Gepräge" des Kreditvertrages sein können.

4. Die Offenlegung sonstiger, wirtschaftlich bedeutsamer Umstände

a) Das "packing"

Im Tatbestand des Urteils vom 10. 4. 1980 (5) hatte das Kreditinstitut das mit dem Kreditvermittler vereinbarte Honorar von 0,2 % p. M. in die Kreditgebühren einberechnet, ohne dem Kreditnehmer gegenüber dies kenntlich zu machen. Das Gericht führt dazu aus:

> "Den Klägern blieb insbesondere verborgen, daß auch die Beklagte dem vertraglich mit ihr verbundenen Kreditvermittler ein erhebliches Honorar zahlt, das sie in voller

---

1) so OLG Celle NJW 78, 1268, Bachmann, NJW 78, 865
2) BGH NJW 79, 540, 541
3) WM 80, 1111, 1113 m. w. N.
4) und konsequenterweise auch die fehlerhafte Angabe zugunsten des Kreditgebers
5) BGH NJW 80, 2074, 2076

Höhe auf die Kreditnehmer abwälzt ... Insgesamt mußten die Kläger für die Inanspruchnahme der Kreditvermittlung Beträge aufwenden, die etwa 8,41 % effektiven Jahreszinsen entsprechen. Das ist ... fast soviel, wie sie bei der Aufnahme eines Kredites (ohne Kreditvermittlung) bei einer Geschäftsbank oder Sparkasse hätten zahlen müssen."

b) Die Konditionen der Restschuldversicherung

Im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung gem. § 138 Abs. 1 BGB wird auch die Offenlegung der Konditionen der Restschuldversicherung angesprochen (1). Zum einen betrifft dies die fehlende Ausweisung der Restschuldversicherungsprämie; in der Entscheidung war nur der aus "Prämie/MWSt./Kreditgebühr/Bearbeitungsgebühr" gebildete Gesamtbetrag bekanntgemacht worden. Zum anderen gilt es für mangelnde Aufklärung über die günstigsten Vertragsgestaltungen der Versicherung. Die Bank hatte einseitig festgelegt, daß sie selbst als Versicherungsnehmerin auftritt. Damit ist der Darlehensnehmer mit der Mehrwertsteuer belastet, ihm entgeht eine Gewinnausschüttung. In einem solchen Fall bleibe geschäftsunerfahrenen Kreditnehmern verborgen, daß diese zusätzlichen Nachteile durch eine günstigere Vertragsgestaltung hätten vermieden werden können (2).

5. Die Vertragsanbahnung durch den Kreditvermittler

a) Die Zurechenbarkeit von Verhalten des Vermittlers

Es steht einem Kreditinstitut frei, nach dem "Grundsatz der zulässigen Arbeitsteilung" den unmittelbaren Kontakt mit Kreditbewerbern über Kreditvermittler aufzunehmen (3). Erfüllt dieser die ihm übertragenen Pflichten nicht oder ist ihm bei Ausübung der Funktionen, die er im Auftrag oder mit Billigung des Kreditinstitutes im Einzelfall tätigt, ein Fehlverhalten vorzuwerfen, steht der Kreditgeber für sein Verschulden ein. Daran ändert nichts, daß der Vermittler ein selbständiger Gewerbetreibender (Makler) ist (4).

---

1) BGH NJW 80, 2074,2076
2) BGH a.a.O.
3) BGH WM 79, 1035,1037 unter Hinweis auf Schubert AcP 168 (1968), 470 ff
4) BGH a.a.O.; dazu auch BGH WM 78, 878,879 m.w.N.

b) Die Vertragsanbahnung

Im Urteil vom 17. 4. 1980 (1) hatte der Vermittler sich eine sogenannte Selbstauskunft unterschreiben lassen. Danach durfte der Kreditnehmer u. a. vor Annahme oder Ablehnung keine anderen Kreditanträge stellen, anderenfalls drohten ihm 25 % Schadensersatz. Ohne Nachweis eines entgangenen Gewinns waren bei unrichtigen Angaben 20 % der Antragssumme zu zahlen. Trotz anderslautenden Textes waren aus dem Formular Zinsen, Ratenhöhe und Kosten nicht ersichtlich, dennoch hatte der Kreditnehmer die Rechtsgültigkeit des blanko zu unterschreibenden Kreditantrages anzuerkennen.

Diese schon bei Unterschrift unter die sogenannte Selbstauskunft belastenden Regelungen schlagen als Sittenwidrigkeitskriterium des mit der Bank abgeschlossenen Kreditvertrages zu Buche.

V. Gesamtbetrachtung und auffälliges Mißverhältnis

Der BGH hat bislang in der neueren Rechtsprechung ein auffälliges Mißverhältnis zwischen den Leistungen des Kreditgebers und den bei vertragsgemäßer Abwicklung vereinbarten, entgeltlichen Gegenleistungen des Kreditnehmers nicht bejaht.
Im Urteil vom 10. 4. 1980 (2) wird bei der anschließenden Gesamtwürdigung der Begriff "auffälliges Mißverhältnis" gar nicht erwähnt. Sittenwidrigkeit liegt vor, weil zu hoher Verzinslichkeit "weitere Umstände" hinzutreten (3). In anderen Entscheidungen wird ein auffälliges Mißverhältnis "zwischen der Leistung der Klägerin (Kreditgeberin) und den von ihr festgelegten Entgelt- und sonstigen Zusatzleistungen des Darlehensnehmers" festgestellt (4). Danach wäre der Begriff erweitert zu verstehen: auch Sekundärleistungspflichten werden bei Feststellung dieses Merkmals berücksichtigt. Im Urteil vom 17. 4. 1980 (5) schließlich wird aufgrund der "durch einseitige Vertragsgestaltung insgesamt unangemessenen Bedingungen" ein

---

1) NJW 80, 2076, 2078
2) NJW 80, 2074, 2076
3) siehe auch BGH BB 79, 343, 346; WM 80, 1111, 1113
4) BGH BB 79, 444, 446; WM 79, 1209, 1211
5) NJW 80, 2076, 2078

auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen. Aus dieser globalen Formulierung könnte geschlossen werden, daß alle "sonstigen Umstände", auch die erfüllungsuntauglichen, für ein auffälliges Mißverhältnis von Bedeutung sind. Dann lägen entgegen dem Wortlaut nicht mehr allein "Leistungen" (1) der Beurteilung zugrunde.

Ob also dem Wortlaut der Standardformel Genüge getan werden soll und damit ein auffälliges Mißverhältnis im weiteren Sinne in jedem Fall bei Bejahung des objektiven Tatbestandes vorliegt, oder ob die Würdigung von hoher Verzinslichkeit und weiterer Umstände ein "sittenwidriges Gepräge" des Vertrages auch ohne Erfüllung der Voraussetzungen des Begriffes ergeben kann, wird nicht hinreichend deutlich. Die Tendenz, den Begriff weit zu fassen, ist feststellbar. Über die Begriffsbestimmung hinaus bleibt im Ergebnis wesentlich, daß trotz wechselnder Ausdrucksweise inhaltliche Übereinstimmung über die objektiven Voraussetzungen besteht.

VI. Die bewußte oder leichtfertige Ausnutzung der Unterlegenheit des Kreditnehmers

In der Grundsatzformel der Rechtsprechung wird gefordert, daß "der Darlehensgeber die wirtschaftlich schwächere Lage des Darlehensnehmers bei Festlegung der Vertragsbestimmungen bewußt zu seinem Vorteil ausnutzt", oder daß "sich der Darlehensgeber als der objektiv sittenwidrig Handelnde zumindest leichtfertig der Einsicht verschließt, daß sich der Darlehensnehmer nur aufgrund seiner wirtschaftlich schwächeren Lage auf die ihn beschwerenden Darlehensbedingungen einläßt" (2).

1. Die schwächere wirtschaftliche Lage

Trotz der wiederholten Betonung der "schwächeren wirtschaftlichen Lage" in der Formel schenkt der BGH diesem objektiven Merkmal

---

1) zum Begriff: Esser-Schmidt, S. 35 ff
2) z.B. BGH NJW 80, 2076

nahezu keine Beachtung; Erwähnung findet allenfalls, daß die Einkommensverhältnisse des Darlehensnehmers seine ungünstige Lage verdeutlichten (1).

2. Die geschäftliche Unerfahrenheit

Weitaus häufiger taucht in den neueren Entscheidungen der Begriff der "geschäftlichen Unerfahrenheit" auf (2).

Auch diesbezüglich folgt in der Regel keine Subsumtion auf den zugrundeliegenden Sachverhalt, sondern die kategorische Feststellung, eine Teilzahlungsbank wende sich (auch) an rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Kreditbewerber (3). Es lassen sich Parallelen zur Rechtsprechung über die Angemessenheit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen anführen. Auch hier geht der BGH stillschweigend davon aus, daß die Inhaltskontrolle nicht von der Schutzbedürftigkeit des einzelnen Kunden abhängt (4). Die Abgrenzung erfolgt nur zum kaufmännischen Geschäftsverkehr (5).

Die Ausnutzung der "Unerfahrenheit" steht der Ausnutzung der "wirtschaftlich schwächeren Lage" offenbar gleich; im Urteil vom 10. 4. 1980 (6) jedenfalls werden die Begriffe miteinander ausgetauscht. An anderer Stelle wirken sie kumulativ zusammen (7).

3. Die Unterlegenheit

Der allgemeine Begriff der "Unterlegenheit" des Kreditbewerbers wird sowohl im Zusammenhang mit der "wirtschaftlich schwächeren Lage" als auch mit der "geschäftlichen Unerfahrenheit" eingesetzt (8).

---

1) so im Urteil vom 17. 4. 80, NJW 80, 2076, 2078, wo darauf hingewiesen wird, daß die vierköpfige Familie des Darlehensnehmers nur über DM 1420,- netto monatliches Einkommen verfügte.
2) z. B. NJW 80, 2074, 2076
3) z. B. WM 79, 966, 968; im Urteil vom 10. 4. 80, NJW 80, 2074, 2076, verweist der BGH allerdings auf bindende Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichtes zur Unerfahrenheit.
4) BGHZ 48, 264, 271; NJW 70, 29; NJW 71, 1133; siehe auch BGH WM 80, 10, 11
5) so auch die Normierung in § 24 AGBG
6) NJW 80, 2074 und 2076, Grundsatzformel einerseits und Schlußsatz andererseits
7) BGH 79, 345 f: Unerfahrene Kunden können zu untragbaren Belastungen veranlaßt werden.
8) vgl. BGH NJW 80, 2074 und 2076

4. Die bewußte oder leichtfertige Ausnutzung

Zur Feststellung der subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB begnügt sich die neuere Rechtsprechung häufig mit einem Satz. Nach Darstellung der objektiven Kriterien heißt es lapidar:

> "Der Einsicht in diese Zusammenhänge haben sich die für die Bank Handelnden jedenfalls in einer nach § 138 BGB erheblichen Weise verschlossen." (1)

Etwas detaillierter wird im Urteil vom 11. 1. 1979 (2) aufgezählt, daß der Vertreter der Bank die wirtschaftlich ungünstige Lage des Darlehensnehmers kannte, und dieser seine alten Verbindlichkeiten umschulden wollte:

> "Die Klägerin hat sich daher zumindest grob fahrlässig der Einsicht verschlossen, daß der Darlehensnehmer nur infolge seiner wirtschaftlich ungünstigen Lage bereit war, das hochverzinsliche Darlehen in Anspruch zu nehmen, das mit weiteren, ihn unangemessen belastenden, für einen rechtsunkundigen oder geschäftsunerfahrenen Darlehensnehmer nicht zu durchschauenden Regelungen verbunden war."

Außerhalb der Rechtsprechung zum Konsumentenkreditgeschäft ist noch in einem Urteil aus dem Januar 1979 (3) für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit betont worden, daß weniger der Verkehrswert der Leistungen, als vielmehr der Wert der Leistungen vom Standpunkt des Begünstigten maßgeblich sei, so daß die den Gewinn mindernden Unkostenfaktoren zu berücksichtigen seien (4). Könne außerdem der Vertragsgegner, in jener Entscheidung ein nicht im Handelsregister eingetragener Geschäftsmann, Vorteile und Nachteile des Geschäftes selbst prüfen, lasse er sich dennoch insbesondere aus spekulativen Gründen darauf ein, ohne seine Belange in geeigneter Weise wahrzunehmen, so könne von einer Ausnutzung eines den Vertragsgegner hemmenden Umstandes keine Rede sein (5).

---

1) BGH BB 79, 343, 346; WM 79, 966, 969; noch knapper WM 80, 1111, 1113
2) BGH BB 79, 444, 446; vgl. auch die Formulierung in NJW 80, 2074, 2076
3) NJW 79, 758
4) dieser Gedanke wird in BGH NJW 80, 2074, 2075 zwar allgemein angesprochen, bei Prüfung der subjektiven Voraussetzungen aber nicht aufgegriffen; siehe oben schon 2. Kap. A III 3 e, cc, S. 65
5) BGH NJW 79, 758

VII. Die Gesamtnichtigkeit

1. Gesamtnichtigkeit und Teilunwirksamkeit nach AGB-Recht

a) Der Grundsatz der Teilunwirksamkeit

Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag und deren Wirksamkeit richten sich seit dem Inkrafttreten am 1.4.1977 nach dem AGBG. Die Rechtsfolge der Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit bestimmt § 6 AGBG abweichend von § 139 BGB: der Vertrag bleibt im übrigen wirksam (Abs. 1), an die Stelle der unwirksamen oder nicht einbezogenen Regelungen tritt das dispositive Recht (Abs. 2). Der gesamte Vertrag ist unwirksam, wenn ein Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Abs. 2 vorgesehenen Änderungen eine unzumutbare Härte für eine der Vertragsparteien darstellen würde (Abs. 3).

Schon vor Inkrafttreten dieser gesetzlichen Regelung war in der Rechtsprechung anerkannt, daß der auf Individualverträge zugeschnittene § 139 BGB bei der Unwirksamkeit einzelner Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Anwendung findet (1). Nur wenn der ersatzlose Wegfall einzelner Klauseln oder im Wege der Auslegung vorgenommenen Rückführung auf ein angemessenes Maß dem Vertrag einen völlig neuen, von den Vertragsparteien so nicht gewollten Inhalt geben, kommt Gesamtunwirksamkeit in Betracht (2).

Der BGH sieht nicht als seine Sache an, "den Parteien die von ihm für richtig gehaltene Vertragsgestaltung aufzudrängen" (3). Soweit eine geschlossene dispositive Regelung an die Stelle der unwirksamen Klauseln treten kann, kommt danach im allgemeinen eine Auflösung des gesamten Vertrages nicht in Betracht.

b) Die Abgrenzung in der neueren Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB

Der Grundsatz der Teilunwirksamkeit findet auch im Urteil vom 9.11. 1978 (4) Erwähnung:

---

1) BGH LM § 138 (Bc) Nr. 9 m.w.N.
2) BGHZ 51, 55 ff; erläutert in LM § 138 (Bc) Nr. 9
3) LM § 138 (Bc) Nr. 9, Bl. 1
4) BB 79, 343, 344

> "Die richterliche Inhaltskontrolle des Vertrages und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann ergeben, daß sich die Unwirksamkeit auf die vertragliche Verzugsfolgenregelung oder auf einzelne ihrer Teile beschränkt. Der Vertrag im übrigen kann dann mit der gesetzlichen Verzugsfolgenregelung bestehen bleiben ... Die Feststellung der dem Darlehensnehmer besonders nachteiligen Folgen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen eintreten, bildet allenfalls einen Hinweis auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages." (1)

In derselben Entscheidung heißt es dann aber:

> "Eine Gesamtwürdigung ergibt, daß die Klägerin in ihren Allgemeinen Darlehensbedingungen einseitig gegenüber rechtsunkundigen und geschäftsungewandten Kreditnehmern eine übermäßig belastende, unübersichtliche Vergütungs- und Entschädigungsregelung festgelegt hat. Dadurch erhält der Vertrag insgesamt ein sittenwidriges Gepräge." (2)

Im Urteil vom 10. 7. 1980 (3) formuliert das Gericht so:

> "Bei einer so starken Belastung der Darlehensnehmer, wie hier durch die auferlegten Leistungen, ist aber die Sittenwidrigkeit des Gesamtvertrages anzunehmen, wenn die von der Bank festgelegte Vertragsgestaltung rechts- und geschäftsunkundigen Darlehensbewerbern, an die sich die Klägerin als Teilzahlungsbank wendet, nicht die Möglichkeit gibt, ihre Gesamtbelastung, insbesonders auch im Verzugsfall, zuverlässig zu beurteilen und zu entscheiden, ob diese Gesamtbelastung für sie tragbar ist, so daß sie das Vertragsrisiko nicht richtig einschätzen können."

Die Vergütungs- und Entschädigungsbestimmungen bilden nach Auffassung des BGH einen untrennbaren Bestandteil der vertraglichen Gesamtregelung der dem Darlehensnehmer aufgebürdeten Leistungen (4).

Danach ist der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit und damit Gesamtunwirksamkeit des Vertrages in Abgrenzung zur Teilunwirksamkeit einzelner Klauseln in den Kreditbedingungen anzunehmen, wenn mehrere Elemente zusammenwirken, nämlich eine starke Belastung, die sich im Falle von Vertragsstörungen weiter erhöht, Unangemessenheit, Unübersichtlichkeit, Unklarheit und/oder weitere Umstände (5).

---

1) siehe noch WM 80, 1111, 1113
2) BB 79, 343, 344
3) WM 80, 1111, 1113
4) BB 79, 343, 346
5) siehe auch BGH NJW 80, 2076, 2077

In Verbindung mit der Tatsache, daß geschäftsunerfahrene Kreditbewerber, die zumindest auch zum Kundenkreis der Teilzahlungsbanken gehören, unter diesen Umständen das hohe Geschäftsrisiko nicht einschätzen können, ergibt sich ein "sittenwidriges Gepräge" des gesamten Vertrages.

Dem BGH geht es nicht um die Inhaltskontrolle einzelner oder einer Reihe von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen; deshalb wird die Einzelprüfung auch vernachlässigt. Er bewertet, ohne die Vorschriften des AGBG oder die zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Inhaltskontrolle von AGB (1) auch nur anzuführen, Inhalt, Aufbau und Klarheit der einseitig festgelegten Bedingungen insgesamt als Einzelelemente im Rahmen der Gesamtbetrachtung nach § 138 Abs. 1 BGB, wobei andere Elemente außerhalb des AGB-Rechts, vor allem die hohe finanzielle Last, hinzutreten und die Entscheidung erheblich mitbeeinflussen.

Nicht in dieses Konzept paßt allerdings die Aussage des BGH, die Nichtigkeit des gesamten Vertrages folge aus den Umständen, wie der Vertrag mit seinem unangemessenen Inhalt zustande gekommen sei (2). Die Formulierung ist wörtlich einer Entscheidung des Gerichts aus dem Jahre 1968 (3) entnommen, auf die ausdrücklich verwiesen wird. Damals hatte das Gericht die Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB (zusätzlich) allein deshalb bejaht, weil dem Vertragspartner ein Komplex umfangreicher, vorformulierter Klauseln mit unangemessenem oder überraschendem Inhalt vorgelegt worden war, "über deren uneingeschränkte Annahme sich der Vertragsgegner entscheiden muß, ohne sich wegen des Umfangs und des schwer zu verstehenden Inhalts über die Tragweite der Klauseln klar werden zu können" (4).

---

1) Das AGBG war bei den Vertragsabschlüssen, die den neueren Entscheidungen zugrunde lagen, noch nicht in Kraft.
2) BGH BB 79, 343, 346
3) BGHZ 51, 55, 59
4) BGH a. a. O.; vgl. bereits die Formulierungen in RGZ 96, 91, 92

In der neueren Entscheidung wird nicht deutlich, ob die nur ähnlich gelagerten Überlegungen aus dem Jahre 1968 aufgegriffen werden sollten, oder ob tatsächlich eine Sittenwidrigkeit allein wegen einer "bewußt unklar gehaltenen Fassung" (1) der Klauseln angenommen werden sollte. Dagegen sprechen die aufgeführten, sonstigen Formulierungen in derselben und in späteren Entscheidungen. Dagegen spricht auch, daß eine Auseinandersetzung mit dem AGBG bzw. den zuvor entwickelten Rechtsgedanken fehlt.

2. Gesamtnichtigkeit oder Anpassung

Eine Umdeutung sittenwidriger Verträge oder eine Befreiung von sittenwidrigem Übermaß, wie in den Entscheidungen über Bierbezugsverträge mit zu langer Bindung praktiziert (2), zieht der BGH in der neueren Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten nicht in Betracht. Im Urteil vom 9.11.1978 (3) wird diesbezüglich nur auf eine Entscheidung des II. Senats aus dem Jahre 1977 verwiesen, in der bei sittenwidriger Übervorteilung des Vertragspartners eine Umdeutung gem. § 140 BGB oder eine Herabsetzung der überhöhten Leistung ausgeschlossen wird (4).

Richte sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegen den Inhalt oder die besondere Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages, könne der Einklang mit der Rechtsordnung nur durch rechtsgestaltende Veränderung des wirtschaftlichen Gehaltes des sittenwidrigen Geschäftes hergestellt werden. Gerade das stehe in Widerspruch zu § 138 BGB; für den Übervorteilenden dürfe das Risiko der Nichtigkeit nicht dahingehend abgemildert werden, daß er schlimmstenfalls nur das vertretbare Maß als Gegenleistung erhalte. Im übrigen sei eine Aufspaltung in sittenwidrige (Individual-)Bestimmungen eines Vertrages und solche, die für sich allein nicht zu beanstanden seien, nicht möglich, wenn diese insgesamt dem Zweck dienten, der Gegenseite einen möglichst hohen Verlust aufzubürden (5).

---

1) BGHZ 51, 55, 59
2) vgl. BGH NJW 72, 1453; WM 73, 357, 358; NJW 79, 2149 f
3) BB 79, 343, 346
4) BGHZ 69, 204, 207
5) BGH a. a. O.

3. Die Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages

Eigenständige, neue Gedanken oder Tendenzen in der Frage der Rückabwicklung sittenwidriger Darlehensverträge, insbesonders zur Problematik des § 817 S. 2 BGB (1), hat die neuere Rechtsprechung nicht entwickelt (2).

4. Gesamtnichtigkeit und Schadensersatz

Einige der vom BGH angeführten "sonstigen Umstände", z. B. die mangelnde Unterrichtung des Darlehensnehmers über sachgerechte, aber günstigere Möglichkeiten der Restschuldversicherung, deuten auf die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht hin. Nach ständiger Rechtsprechung (3) besteht bei Verhandlungen über den Abschluß eines Vertrages grundsätzlich die Verpflichtung, den anderen Teil über Umstände aufzuklären, die zur Vereitlung des Vertragszwecks geeignet sind und daher für die Entschließung des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung sein können. Eine solche Hinweispflicht gebietet die Redlichkeit vor allem gegenüber unerfahrenen Angehörigen der sozial schwächeren Bevölkerungsschicht, um der Gefahr einer finanziellen Überforderung vorzubeugen.

Der BGH hat diese Frage innerhalb der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB nicht aufgeworfen. Doch hat das Gericht noch in der Entscheidung vom 17. 5. 1979 (4) durch eine parallel durchgeführte Prüfung darauf aufmerksam gemacht, daß dem Darlehensnehmer, der die schuldhafte Verletzung einer vorvertraglichen Nebenpflicht sowie einen Schaden, der trotz Nichtigkeit des Vertrages nicht entfallen ist, nachweist, vom Darlehensgeber Ersatz nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo fordern kann (5).

---

1) siehe oben 1. Kap. A III
2) vgl. BGH WM 79, 966, 969
3) RGZ 62, 149, 150; 111, 233, 234; BGH NJW 70, 653, 655; NJW 74, 849, 851; dazu auch Hartwieg, JuS 73,733, 737 ff
4) WM 79, 1035, 1036 f und 1039
5) zu denken ist ggfs. auch an einen Schadensersatzanspruch gem. § 826 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 302a StGB, vgl. Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 4b; Hadding, S. 227; ein Anspruch aus c. i. c. wird auch vertreten bei schuldhafter Herbeiführung der Nichtigkeit, so Staudinger-Dilcher § 138 Rdnr. 119; Erman-Battes § 306 Rdnr. 13 m. w. N.; a. M. Soergel-Schmidt § 309 Rdnr. 1

VIII. Zusammenfassung

1. An den Beginn seiner Entscheidungsgründe setzt das BGH regelmäßig die "modifizierte Standardformel" des Reichsgerichtes (1).

2. Eine qualitative oder quantitative Eingrenzung des Begriffes des "besonders groben Mißverhältnisses" erfolgt nicht.

3. Wesentliches objektives Kriterium ist ein "auffälliges Mißverhältnis" zwischen Leistung und Gegenleistung.
   Maßgeblich für die Beurteilung ist die Gesamtbelastung des Darlehensnehmers einschließlich Vermittlerkosten, Bearbeitungsgebühren und 50 % der Restschuldversicherungsprämie (unabhängig von der rechtlichen Einordnung, z. B. als Zins); dem stehen Kapitalverschaffung und Gewährung zur Nutzung sowie ggfs. der vermittelte Versicherungsschutz als Gegenleistung gegenüber.

4. Die Gesamtbelastung des Darlehensnehmers wird in Prozent p. a. vom Nettokredit ausgewiesen; die Benutzung von Annäherungsformeln zur Berechnung ist möglich.

5. Vergleichsmaßstab ist ein marktüblicher Ratenkredit gleicher Höhe und Laufzeit; ein Sondermarkt für Teilzahlungskreditinstitute wird nicht anerkannt. Die monatlich herausgegebene Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank über Ratenkredite in Höhe von DM 2000,- bis DM 5000,- und einer Laufzeit bis 24 Monaten kann hinreichende Vergleichsmöglichkeiten bieten, auch wenn der zu beurteilende Kredit nach Höhe und Laufzeit von der Statistik nicht erfaßt wird.

6. Ein die Bewertung des Leistungsverhältnisses unmittelbar beeinflussender Faktor ist das Risiko des Geschäftes, damit zusammenhängend auch die Sicherheiten sowie der Verwendungszweck.

7. Bei Vergleich der Leistungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei fristgerechter Ratenzahlung wird selbst bei Gesamtbelastungen von 30 % bis 35 % p. a. ein auffälliges Mißverhältnis nicht bejaht, ebenso wenig wie bei Überschreitung des marktüblichen Zinssatzes incl. Bearbeitungsgebühren um 100 %, in Einzelfällen um über 200 %.

---

1) vgl. z. B. BGH WM 80, 1111, 1112 und schon RGZ 150, 1, 2, 5

8. Auch wenn ein Leistungsmißverhältnis bei störungsfreiem Vertragsablauf fehlt, kann der Vertrag durch das Hinzutreten "sonstiger Umstände" ein "sittenwidriges Gepräge" erhalten. Das Ergebnis folgt aus einer Gesamtbetrachtung des Vertrages.

   a. Die erste Gruppe von Umständen kann unter dem Begriff "Zusatzbelastungen", per Kreditbedingungen festgelegt, zusammengefaßt werden.
   Damit sind alle für den Fall von Vertragsstörungen festgelegten, entgeltlichen Zusatzleistungen des Darlehensnehmers gemeint, wie Mahn- und Verzugsgebühren, Kosten bei vorzeitiger Fälligstellung etc. Auch dem Kreditgeber zurechenbare Sondervereinbarungen zwischen Kreditmakler und Kreditnehmer, z.B. in einer sog. Selbstauskunft niedergelegte Vertragsstrafen, fallen in diese Gruppe. Außerhalb des entgeltlichen Leistungsverhältnisses einzuordnende Klauseln, z.B. über die Beweislast, werden ebenfalls erfaßt. Der Bewertung unterliegen, unabhängig davon, ob die Klauseln im Einzelfall Anwendung gefunden haben, sowohl die Höhe der entgeltlichen Zusatzbelastungen als auch die Angemessenheit in toto, ohne daß eine detaillierte Einzelprüfung erfolgt.

   b. Die zweite Gruppe von Umständen kann mit "mangelnder Vertragstransparenz" umschrieben werden.
   Ausgehend von einem "geschäftsunerfahrenen und rechtsunkundigen" Kreditbewerber, der (auch) zum Kundenkreis der Teilzahlungsbanken zu zählen ist, sind Übersichtlichkeit, Verständlichkeit und Informationsgehalt des gesamten Formularvertrages zu würdigen. Zusatzbelastungen an versteckter Stelle oder bewußt unklare Formulierungen sind Beispiele für negative Umstände.
   Unter dem Begriff "mangelnde Vertragstransparenz" kann aber auch die Nichtangabe des effektiven Jahreszinses geführt werden, ebenso das Unterbleiben einer Aufschlüsselung von

Nebenkosten oder die Nichtaufklärung über günstigere Konstellationen der Restschuldversicherung.

9. Die Begriffe "wirtschaftlich schwächere Lage", "geschäftliche Unerfahrenheit" und "Unterlegenheit" des Kreditnehmers werden vom Gericht alternativ oder kumulativ eingesetzt.
Im Rahmen der Bewertung der Kreditbedingungen erfolgt die Subsumtion nicht einzelfallbezogen, sondern in Abgrenzung zum kaufmännischen Verkehr.

10. Hohe Verzinslichkeit, eine weitere beträchtliche Kostenlast für den Fall von Vertragsstörungen, die Unangemessenheit der Kreditbedingungen in Verbindung mit mangelnder Vertragstransparenz, so daß ein geschäftsunerfahrener Kreditnehmer Gesamtbelastung und/oder Geschäftsrisiko nicht abschätzen kann, bewirken die Sittenwidrigkeit.
Eine starke Belastung, die sich im Falle einer Vertragsstörung unangemessen steigert, reicht noch nicht aus. Ob und ggfs. in welchem Umfang ansonsten ein Teil der aufgezählten Kriterien für sich schon die Sittenwidrigkeit ausmachen, wird nicht hinreichend deutlich.

11. Auf der subjektiven Seite ist ausreichend, daß die für den Kreditgeber Handelnden sich der Einsicht in die objektiven Zusammenhänge leichtfertig verschlossen haben. Allenfalls wird noch die Kenntnis um die konkret ungünstige wirtschaftliche Lage des Kreditnehmers bejaht.

12. Rechtsfolge ist die Gesamtnichtigkeit. Bei vorliegender Sachlage (vgl. oben 10.) zieht der BGH weder Teilunwirksamkeit einzelner Klauseln der Kreditbedingungen noch eine Umdeutung oder Anpassung des Vertrages in Betracht.
Zur Rückabwicklung des Vertrages und der Problematik des § 817 S. 2 BGB (1) werden neue Ansätze nicht geliefert.

---

1) vgl. RGZ 161, 52 ff

B. Die Rechtsprechung der Untergerichte

Von den Instanzgerichten ist eine umfangreiche, uneinheitliche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Kreditverträgen ergangen.

I. Die maßgeblichen Kosten des Kreditnehmers

Unterschiedliche Auffassungen bestanden und bestehen, welche Kosten in die Effektivverzinsung einzubeziehen sind. Dies gilt für die Bearbeitungsgebühr (1), die Vermittlungsprovision (2) und die Prämie für die Restschuldversicherung (3).

Argumentiert wird, daß die Vermittlungsprovision nicht als Teil der Kreditkosten zu begreifen sei, weil der Kreditmakler aufgrund eines gesonderten Vertrages mit dem Kreditnehmer tätig geworden sei und kein ständiger Mitarbeiter der Bank sei (4). Die Verpflichtung dem

---

1) dafür: KG, Urteil vom 27.10.78, zitiert nach Hannes TW 2/79, 53, LG Berlin, Urteil vom 5.5.77, BB 78, 15 f; dagegen: LG Hamburg, Urteil vom 1.2.78, zitiert nach Hannes, a.a.O.

2) dafür: OLG München, Urteil vom 28.9.65, NJW 66, 836; OLG Köln, Urteil vom 28.6.68, NJW 68, 1934, 1935; KG, Urteil vom 26.9.74, WM 75, 128, 129; OLG Nürnberg, Urteil vom 28.10.75, MDR 76, 399; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.75, WM 76, 1151, 1152 f; LG München I, Urteil vom 30.6.76, NJW 76, 1978 f; OLG Hamm, Urteil vom 22.6.79, NJW 75, 2110, 2111; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.4.79, NJW 79, 2409, 2411; dagegen: OLG Köln, Urteil vom 4.11.71, WM 73, 156, 157; OLG München, Urteil vom 27.2.76, WM 77, 490, 491; LG München I, Urteil vom 20.11.75, TW 6/76, 26; OLG Karlsruhe, Urteil vom 8.2.79, zitiert nach Hannes TW 2/80, 65; OLG Frankfurt, Urteil vom 11.7.79, TW 1/80, 23, 27

3) OLG Köln, Urteil vom 28.6.68, NJW 69, 1934, 1935; KG, Urteil vom 26.9.74, WM 75, 128, 129; OLG Nürnberg, Urteil vom 28.10.75, MDR 76, 399; OLG Hamm, Urteil vom 22.6.79, NJW 79, 2110, 2111; LG Frankfurt, Urteil vom 11.5.78, BB 79, 449; dagegen: OLG München, Urteil vom 27.2.76, WM 77, 490, 491; LG München I, Urteil vom 20.11.75, MDR 76, 399; LG Tübingen, Urteil vom 5.3.76, TW 2/77, 21; OLG Köln, Urteil vom 27.6.78, NJW 79, 221, 222; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.10.78, BB 79, 446; Urteil vom 11.7.79, TW 1/80, 23, 27; KG Urteil vom 20.3.79, zitiert nach Hannes TW 2/80, 65; für eine 50%ige Anrechnung: LG Stuttgart, Urteil vom 19.2.75, TW 6/76, 26; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.4.79, NJW 79, 2409, 2412; LG Duisburg, Urteil vom 7.8.79, zitiert nach Hannes TW 2/80, 65

4) OLG Frankfurt TW 1/80, 23, 27

Makler gegenüber sei aus dem Leistungsverhältnis mit der Bank auszuscheiden, auch wenn der Vermittler mit dem Kreditinstitut zusammenarbeite oder die Provision mitfinanziert werde (1). Demgegenüber hat das Landgericht München I (2) in der Weise differenziert, daß die Vermittlungsgebühr jedenfalls dann anzurechnen sei, wenn der Kreditvermittler mit der Bank in ständiger Geschäftsbeziehung stehe und lediglich Leistungen erbringe, die mit jeder Kreditgewährung üblicherweise verbunden seien. Das Kammergericht wiederum (3) hat die Vermittlungsprovision in die Kreditgebühren einbezogen, da auch diese Kosten vom Darlehensnehmer für die zeitweilige Überlassung des Kapitals aufzuwenden seien.

In ähnlicher Weise wird die Prämie für die Restschuldversicherung von der einen Seite als vom Darlehen unabhängige Leistung aufgrund eines freiwilligen Verhaltens der Darlehensnehmer verstanden. Sie diene in erster Linie den Interessen des Kreditnehmers bzw. seiner Angehörigen. Die Häufigkeit des Eintritts eines Versicherungsfalles sei kein anerkennenswertes Kriterium (4). Das Kammergericht (5) hat die Prämie den Kreditkosten hinzugerechnet, wenn der Abschluß der Versicherung eine notwendige Voraussetzung der Kreditgewährung war und hat auch die Konditionen des Versicherungsvertrages, z.B. die Person des Versicherungsnehmers, bewertet. Für andere Gerichte (6) gehörte die Prämie als Unkostenaufwand des Darlehensnehmers in den Bereich der Kreditgebühren. Das OLG Hamm soll in einer - soweit ersichtlich -unveröffentlichten Entscheidung (7) die Versicherungsprämie aus Gründen des Preisordnungsrechtes dem Effektivzins zugeschlagen haben, dafür aber eine "Bereinigung des Zinssatzes" bei Prüfung der Voraussetzungen des § 138 BGB zugelassen haben.

---

1) OLG München WM 77, 490,491
2) TW 6/76, 26
3) BB 74, 1505
4) vgl. z.B. OLG München, WM 77, 490, 491
5) BB 79, 447,448
6) z.B. OLG Köln, NJW 69, 1934,1935; LG Frankfurt, BB 79, 449
7) Urteil vom 3.12.77 - zitiert nach Hannes, TW 2/79, 54

II. Die Grenzziehung zur Sittenwidrigkeit

Unklar in der Rechtsprechung der Untergerichte bleibt auch, wo die Grenze zum auffälligen Mißverhältnis und zur Sittenwidrigkeit insgesamt zu ziehen ist. Dies folgt nicht zuletzt aus der unterschiedlichen Berücksichtigung der anfallenden Nebenkosten.

Das Kammergericht (1) hat einen Effektivzins von 38,51 % p. a. (einschließlich aller Nebenkosten) auch bei erhöhtem Risiko für sittenwidrig erklärt; das OLG Köln (2) hat einen Vertrag, der bei niedrigem Zinsniveau abgeschlossen war und dem eine Effektivverzinsung von 29 % p. a. zugrunde lag, als unwirksam qualifiziert; vom OLG Frankfurt (3) sind Zinsen einschließlich Verzugszinsen von 31,2 % p. a. als auffällig überhöht eingestuft worden.

Demgegenüber hat ein anderer Senat des OLG Köln (4) entschieden, daß 29,96 % p. a. bei langer Laufzeit nicht sittenwidrig sind; das OLG Hamm (5) hat Zinsen einschließlich Verzugszinsen von 34 % p. a. als nicht sittenwidrig übersetzt bezeichnet. Das OLG München (6) hat unter Ausschluß der Vermittlerkosten und der Versicherungsprämie einen Effektivzins von 22,8 % p. a. errechnet und deshalb die Sittenwidrigkeit verneint; die Gesamtbelastung einschließlich aller Nebenkosten hat jedoch 33,96 % p. a. betragen (7).

Allgemein läßt sich nur sagen, daß bis zum Bekanntwerden der neueren BGH-Rechtsprechung Zinssätze unter 30 % p. a. nahezu ausnahmslos als nicht gegen die guten Sitten verstoßend bewertet wurden (8). Dabei

---

1) Urteil vom 26.10.78, BB 79, 447
2) Urteil vom 20.11.78, NJW 79, 754
3) Urteil vom 3.10.68, MDR 69, 47
4) Urteil vom 27.6.78, NJW 79, 221
5) Beschluß vom 22.1.73, NJW 73, 1002,1003
6) Urteil vom 27.2.76, WM 77, 490,491
7) weitere Beispiele m. N. bei Rühle, S. 44, und Hadding, S. 218 f
8) z. B. OLG Köln, Urteil vom 4.11.71, WM 73, 156,157 - 30,1 %; OLG Bremen, Urteil vom 12.2.73, TW 4/75, 26 - 24,3 %; LG Duisburg, Urteil vom 30.7.76, TW 2/77, 20 - 33,8 %; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.10.78, BB 79, 446 - 24,5 % ohne RSV-Prämie; vgl. die detaillierten Nw. bei Rühle, S. 45, FN 31 und Hadding, S. 218, FN 249; als Ausnahmen sind zu erwähnen: LG Essen, Urteil vom 22.9.54, MDR 55, 98,99 - 1 % p. M. sittenwidrig; LG Köln, Urteil vom 4.11.54, MDR 55, 100,101 - 27 % p. a. weit überhöht; in neuerer Zeit OLG Köln, Urteil vom 20.11.78, NJW 79, 554 - 29 % unwirksam.

ist ein erhöhtes Risiko der Teilzahlungskreditinstitute im Vergleich zu Sparkassen und Großbanken anerkannt worden (1). Mangels weiterer Differenzierung war damit in der Regel auch die Anerkennung eines Sondermarktes verbunden.

Ähnlich der älteren BGH-Rechtsprechung (2) haben auch die Oberlandesgerichte häufig den Vergleich des Leistungsverhältnisses mit dem "verkehrsüblichen Äquivalent" vernachlässigt (3). Erst in jüngerer Zeit ist ein Vergleich mit einem Kredit einer Großbank (4) oder allgemein mit dem Zinsniveau (5) erfolgt (6).

Der subjektiven Seite der Sittenwidrigkeit schenken die Untergerichte wenig Beachtung. Soweit ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen worden ist, ist aus der Höhe der Belastung auf eine zu mißbilligende Gesinnung geschlossen worden (7). In manchen Fällen fehlt jeglicher Hinweis auf subjektive Erfordernisse (8).

---

1) vgl. OLG Köln, Urteil vom 28.6.68, NJW 68, 1934,1935; das OLG Hamm, Beschluß vom 22.1.73, NJW 73, 1002,1003, spricht von dem "bekannten Risiko der Kreditbanken"; OLG München, Urteil vom 27.2.76, WM 77, 490,492; OLG Köln, Urteil vom 20.11.78, NJW 79, 554: "allgemeine Meinung"; weitere Nw. bei Hannes, TW 2/79, 54, der u.a. auf ein Urteil des OLG Karlsruhe vom 22.9.78 - unveröffentlicht - hinweist, in dem ein höheres Ausfallrisiko bejaht und ein hohes Zinsmaß gerechtfertigt worden ist, weil die Teilzahlungsbanken im Gegensatz zu anderen Kreditinstituten auch einkommensschwachen Bevölkerungskreisen eine Konsummöglichkeit verschafften.
2) z.B. WM 56, 459
3) z.B. KG, Urteil vom 26.9.74, BB 74, 1505: der Effektivzins überschreitet "jedes vernünftige Maß" und beeinflußt den Kapitalmarkt "in ungesunder Weise"; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.75, WM 76, 1151,1152; OLG Nürnberg, Urteil vom 28.10.75, MDR 76,399
4) so OLG Köln, Urteil vom 20.11.78, NJW 79, 554, unter Hinweis auf eine abweichende Kosten- und Risikostruktur
5) so KG, Urteil vom 26.10.78, BB 79, 447,448
6) vgl. OLG Köln, Urteil vom 27.6.78, NJW 79, 221; OLG Nürnberg, Urteil vom 30.11.78, NJW 79, 555
7) z.B. KG, Urteil vom 26.6.74, BB 74, 1505 - Effektivzins 35,28 %; dahingehend auch OLG Nürnberg, Urteil vom 30.11.78, BB 79, 555 - - 51,22 %
8) zumindest in den Veröffentlichungen, vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 28.10.75, MDR 76, 399 - 40 %; OLG Köln, Urteil vom 20.11.78, NJW 79, 554 - 29 %

Im Vorgriff auf die neuere BGH-Rechtsprechung ist auch von Untergerichten vereinzelt darauf hingewiesen worden, daß die Nichtangabe des Effektivzinssatzes oder eine irreführende Textgestaltung zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB beitragen können (1). Besonders auffällig ist eine Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 1975 (2); das Gericht hatte ein besonders grobes Mißverhältnis (Gesamtbelastung: 72,32 % p.a.) angenommen, daraus auf eine verwerfliche Gesinnung geschlossen und ergänzend ausgeführt:

> "Darüber hinaus ist die gesamte Vertragsausgestaltung von intellektuell Überlegenen in einer Weise getroffen worden, daß die Lage des Schwächeren bewußt ausgenutzt wird. Dieser Ausnutzung ihrer Kunden dient es auch, daß die Klägerin einen Hinweis auf den Gesamtbetrag der normalerweise anfallenden Leistungen hat fehlen lassen und die Nebenbelastungen so ausgestaltet sind, daß sie nicht überschaubar sind."

III. Die Inhaltskontrolle von Kreditbedingungen

Da der BGH in der neueren Rechtsprechung die inhaltliche und äußere Ausgestaltung der Kreditbedingungen nur zusammenfassend würdigt, rechtliche Einzelprobleme allenfalls anspricht und eine konkrete Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ganz fehlt, bleibt die Rechtsprechung der Untergerichte insoweit von besonderer Bedeutung.

Zu Regelungen über den Eintritt der Gesamtfälligkeit (3), über die Kreditgebührenrückvergütung (4), über Regelungen, die Zinseszinsvereinbarungen (5) enthalten, z.B. definiert als pauschalierter Verzögerungsschaden unter dem Gesichtspunkt des Anlageverlustes

---

1) vgl. die Auflistung unveröffentl. Entscheidungen bei Hannes, TW 2/79, 54
2) Urteil vom 18.12.75, WM 76, 1151, 1152
3) vgl. die Nw. bei Hadding, S. 262 f, insbes. FN 15-17; Streit besteht u.a. darüber, ob Kreditbedingungen eine "automatische" Fälligstellung begründen können oder ein Recht zu außerordentlicher Kündigung bewirken; Hadding will aus einer eher vagen Äußerung des BGH, WM 79, 1209, 1211, herleiten, daß das Gericht der zweiten Auffassung zuneigt; zur rechtlichen Einordnung zutreffend Hadding, S. 272
4) vgl. die Nw. bei Hannes, TW 2/79, 51; Hadding, S. 264 f, insbes. FN 28-30
5) dazu Canaris, NJW 78, 1891, 1897; Hadding, S. 268 ff

(1), zur Angemessenheit von Verzugsgebühren und Sonderkosten - Schadenspauschalierung oder Vertragsstrafe - (2) existiert eine kaum zu überblickende, kontroverse Rechtsprechung.

Die Vielzahl der verwendeten Bedingungen in einer von Kreditinstitut zu Kreditinstitut unterschiedlichen Ausprägung darzustellen und unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur rechtlich einzuordnen, bedarf einer gesonderten Untersuchung. Dabei sind auch in erster Linie Probleme des nunmehr normierten AGB-Rechtes zu erörtern. Die uneinheitliche Rechtsprechung soll an dieser Stelle aber zumindest beispielhaft verdeutlicht werden.

Das OLG Hamm (3) hat eine Unkostenpauschale von 5 % der Restforderung bei vorzeitiger Fälligstellung des Kredites neben Verzugszinsen und den gesetzlich bestimmten Kosten der Rechtsverfolgung (§§ 91, 788 ZPO) wegen Mißbrauchs der Vertragsfreiheit für unwirksam erklärt, weil sie bei weitem übersetzt sei. Das OLG Düsseldorf (4) hat eine gleichhohe Gebühr für zulässig erachtet, wenn eine Höchstgrenze, dort DM 150,-, festgesetzt war. Das OLG München (5) hat die Klausel, wiederum 5 %, verworfen, weil weder eine degressive Staffelung noch eine Höchstgrenze bestimmt war. Damit sei bei der Schadenspauschalierung der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden außeracht gelassen worden (6). Demgegenüber sollen 3 % des Restkredites als Gebühr nach dem OLG Hamburg (7) gerechtfertigt sein, wenn die zulässigen Zinsen nicht überschritten

---

1) Die Begründung ist, daß die Bank Zinsen zu einem bestimmten Zinssatz hätte anlegen können und angelegt hätte oder gar hätte anlegen müssen; vgl. dazu Löwisch, NJW 78, 26 m.w.N. sowie die Nw. bei Hannes TW 2/79, 52
2) vgl. die Nw. bei Hannes TW 2/79, 52; dazu auch Belke, NJW 68, 1219, 1220; Hadding, S. 270 f m.w.N.
3) Urteil vom 29.3.74, NJW 74, 1951, 1952
4) Urteil vom 12.1.76, WM 76, 825, 827
5) Urteil vom 29.11.77, MDR 78, 407
6) Rechtsgedanke des in der Entscheidung noch nicht anwendbaren § 11 Nr. 5a AGBG
7) Urteil vom 22.3.79 - unveröffentlicht - zitiert nach Hannes, TW 2/80, 61

werden; für das Landgericht Essen (1) sind 2 % Kreditkündigungsgebühr von der Hauptforderung nebst 0,65 % aus dem Rückstand als Entgelt für einen "erforderlichen Verwaltungsaufwand" nicht übersetzt. Das Landgericht Augsburg (2) hat gar bei einem vorzeitig fällig gestellten Kredit den Einbehalt der laufzeitabhängigen Provision der Bank an den Makler, des "packing", für die nicht in Anspruch genommene Restlaufzeit als rechtlich unbedenklich eingestuft.

IV. Reaktionen der Untergerichte auf die neuere Rechtsprechung des BGH

Ob durch die neuere Rechtsprechung des BGH "in vorbildlicher Wahrnehmung der Ermächtigung in § 138 Abs. 1 BGB der Praxis deutliche Maßstäbe gesetzt" worden sind (3), oder ob die Äußerungen zumindest teilweise mangels Konkretisierung "wenig hilfreich" sind (4), ist umstritten.

Das OLG Hamm (5) hat schon im Juni 1979 in enger Anlehnung an den BGH dessen Grundsätze nachvollzogen. Dabei hat es bei Effektivverzinsungen von 38,63 % - 40,23 % p.a. vermieden, die Leistungen als in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stehend zu bezeichnen. Im April 1980 hat das OLG Hamm dann unter Berücksichtigung des von der Bundesbank veröffentlichten Schwerpunktzinses ein auffälliges Mißverhältnis bei einem das Doppelte weit übersteigenden Verhältnis ohne Zweifel bejaht (6). Interessant sind die Hinweise auf die Notwendigkeit einer zu erarbeitenden Gewichtung zwischen Mißverhältnis-Faktor und sonstigen Umständen und die vom OLG beabsichtigte Erarbeitung von Abgrenzungslinien.

Auch das OLG Celle (7) hat sich eng an die vom BGH vorgegebenen Werte angelehnt (8).

---

1) Urteil vom 14.12.78 - unveröffentlicht - zit. nach Hannes, a.a.O.
2) Urteil vom 28.9.77 - unveröffentlicht - zit. nach Scholz, BB 79, 189 FN 1
3) so Hadding, S. 225
4) so OLG Stuttgart, Urteil vom 24.4.79, NJW 79, 2409,2412
5) Urteil vom 22.6.79, WM 80, 122
6) Urteil vom 23.4.80, WM 80, 1423,1425
7) Urteil vom 21.12.79 - unveröffentlicht - 3 U 101/79
8) In seiner ausführlichen Begründung betont das OLG, daß zum Merkmal des auffälligen Mißverhältnisses die Feststellung hinzutreten müsse, daß objektiv und subjektiv ein Mißbrauch vorgelegen habe; durch die erhebliche Höhe einer Äquivalenzstörung gelange man allenfalls in die Nähe einer unwiderleglichen Vermutung.

Das OLG Zweibrücken (1) hat dagegen im April 1979 die Restschuldversicherungsprämie aus dem Leistungsverhältnis ausgeklammert und dies für die Vermittlungsprovision offengelassen. Der durchschnittliche effektive Jahreszins, den andere ortsansässige Banken verlangten, ist als ungeeigneter Vergleichsmaßstab für Kredite der Teilzahlungsinstitute qualifiziert worden. Eine Belastung von 27,76 % p.a. (ohne Versicherungsprämie) ist als tragbar angesehen, lediglich eine unangemessene Klausel in den Kreditbedingungen für unwirksam erklärt worden (2).

Das OLG Frankfurt (3) hat im Juli 1979 weder Versicherungsprämie noch Vermittlungsgebühr in das Leistungsverhältnis einbezogen. Während das erhöhte Risiko gewürdigt worden ist, fehlt ein Marktvergleich völlig. Mit wenigen Worten hat das Gericht die Übersichtlichkeit der Kreditbedingungen festgestellt und die Kreditgebührenrückvergütung positiv erwähnt; zusätzliche Gebühren sind kommentarlos gebilligt worden.

Das Kammergericht Berlin (4) hat im April 1979 ausgeführt:

> "Aufgrund der historischen Entwicklung, der auch heute noch größeren Risikobereitschaft sowie der Art ihrer Eigendarstellung und Werbung stellen sich die Teilzahlungsbanken als die Institute dar, bei denen der kleine Mann, der außer seiner Arbeitskraft keine nennenswerten Sicherheiten zu stellen vermag, jedenfalls leichter und reibungsloser Kredit erhält als bei anderen Instituten. Unbeschadet der Tatsache, daß ein Teil ihrer Kunden ... auch bei Geschäftsbanken und Sparkassen einen gleichhohen Kredit erhalten hätten, können deshalb für den nach § 138 Abs. 1 BGB notwendigen Äquivalenzvergleich die Bedingungen der Geschäftsbanken und Sparkassen nicht herangezogen werden."

Trotz der von Anfang an bestehenden erhöhten Kostenbelastung seien die Teilzahlungsbanken vom Markt "angenommen" worden. Dies beweise, daß sie einen kreditwirtschaftlichen Bedarf abdeckten. Ein

---

1) Urteil vom 3.4.79, TW 1/80, 23,24
2) Es besteht bei diesem Urteil der durch die gewählten Rechtsprechungsverweise erhärtete Verdacht, daß trotz vorheriger Zeitschriftenveröffentlichung die Urteile des BGH vom November 1978 und Januar 1979, BB 79, 343 ff und 444 ff, noch nicht in Zweibrücken bekannt waren.
3) Urteil vom 11.7.79, TW 1/80, 24 ff
4) Urteil vom 27.4.79, WM 80, 72,73

solches marktgerechtes Verhalten könne allenfalls in Extremfällen zur Sittenwidrigkeit führen. Die Entscheidung über die Marktberechtigung obläge den am Markt wirkenden Kräften, nicht aber der Rechtsprechung durch eine extreme Ausweitung des Begriffs der guten Sitten gem. § 138 Abs. 1 BGB.

Da der Gesetzgeber über bestehende Verbraucherschutzbestimmungen hinaus Regelungen, vor allem eine staatliche Kontrolle der Darlehenszinsen, nicht für notwendig gehalten habe, müßten sich auch die unerfahrenen und sozial schwachen Verbraucher insoweit dem Marktgeschehen stellen (1).

Hier wird grundlegende Kritik an der BGH-Rechtsprechung deutlich.

V. Das Urteil des OLG Stuttgart vom 24. 4. 1979

Eigene Wege zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit ist das OLG Stuttgart (2) gegangen in dem Bestreben, möglichst eindeutige und leicht handhabbare Maßstäbe für die Rechtsanwendung bei Massengeschäften, zu denen auch das Ratenkreditgeschäft zählt, zu erarbeiten (3).

Aus dem richtigen Verständnis des § 138 Abs. 2 BGB erschließe sich, daß in § 138 Abs. 1 BGB ein besonders grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung allein ausreiche, um die Nichtigkeit zu begründen. In § 138 Abs. 2 BGB würden auf der subjektiven Seite "Zuständlichkeiten" aufgezählt, die an anderer Stelle im Gesetz ausdrücklich die Anfechtbarkeit, schwebende Unwirksamkeit oder Nichtigkeit eines Vertrages auslösen würden, wenn sie allein, aber in wesentlich stärkerem Maße als in § 138 Abs. 2 BGB definiert, vorliegen würden (Zwangslage - Drohung, Unerfahrenheit - Minderjährigkeit, Mangel an Urteilsvermögen oder Willenskraft - Unzurechnungsfähigkeit) (4). Ebenso gelte für das objektive Kriterium, daß ein Mißverhältnis, das

---

1) KG WM 80, 72, 74
2) Urteil vom 24. 4. 79, NJW 79, 2409 ff
3) a. a. O., S. 2410, Gliederungspunkt A II 1, 2
4) a. a. O., A I 3

nicht nur "auffällig", sondern "besonders grob" sei, allein die Nichtigkeitsfolge auslöse, und zwar nach § 138 Abs. 1 BGB (1).

Das Vertragsrecht gehe davon aus, daß ein Leistungsaustausch für die Volkswirtschaft und die Vertragsparteien sinnvoll sei, weil davon beide Teile - relativ unabhängig vom schwer faßbaren objektiven Wert - ihren subjektiven Vorteil finden könnten. § 138 Abs. 2 BGB zähle bestimmte Umstände auf, die dies ganz unwahrscheinlich machten. Eben deshalb habe der Gesetzgeber in der Vorschrift die Nichtigkeitsfolge ausgesprochen. Bei Vorliegen eines besonders groben Mißverhältnisses seien diese Kriterien ebenfalls erfüllt (2).
Der in den Monatsberichten der Bundesbank ausgewiesene Schwerpunktzins sei der geeignete Vergleichszins (3); bei einer Überschreitung um 100 % sei ein besonders grobes Mißverhältnis anzunehmen. Eine feste Zinsgrenze sei aufgrund der Schwankungen am Markt abzulehnen. Die Grenze von 100 % erfolge in Anlehnung an § 934 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches von Österreich, eines aus denselben Quellen gewachsenen Rechtskreises(4).

Die historische Grundlage, die "laesio enormis" des römischen Rechts, sei auch Bestandteil des gemeinen deutschen Rechts gewesen. Der Gesetzgeber habe zwar an die Stelle einer starren Regelung einen variablen Maßstab gesetzt, um allen Fällen der Anwendung gerecht werden zu können. Diese Befürchtung gelte aber beim Ratenkredit nicht; unangemessene Ergebnisse seien nicht zu befürchten (5).

Ein Sondermarkt der Teilzahlungsbanken sei aufgrund besonderer Vertriebsformen nicht anzuerkennen, da auch der allgemeine Markt ein vergleichbares Angebot bereithalte. Eine Befriedigung besonderer Bedürfnisse habe der Senat nicht erkennen können. Soweit im übrigen spezielle Vertriebsmethoden dazu führten, daß die Wuchergrenze überschritten werde, sei zu fordern, daß diese Methoden entgegen der geübten Praxis offengelegt würden (6).

---

1) a.a.O., A I 3
2) a.a.O., A I 1, 2, 3
3) a.a.O., A III
4) a.a.O., A II 3
5) A II 3 - unveröffentlichte Passage; der BGH hat das Urteil im Ergebnis bestätigt (Gesamtwürdigung); konsequent auf der Linie der neueren Entscheidungen hat er eine Sittenwidrigkeit allein wegen Überschreitung der "100%-Grenze" abgelehnt; Urteil v. 12. 3. 81 - III ZR 92/79 = BB 81, 927 ff
6) a.a.O., S. 2411, A IV 1

Ebenso rechtfertig e das Ausfallrisiko, das allenfalls 1 - 2 % höher als beim Schaltergeschäft der Großbanken liege, keine Sonderstellung (Teilzahlungsbanken unter 2 % der jährlichen Gesamtkreditsumme, andere Institute unter 1 %). Dieses höhere Risiko resultiere im wesentlichen aus der ungenauen Überprüfung der Kreditvermittler (1).
Letztlich gebe es für höhere Refinanzierungskosten und Geschäftsunkosten keine überzeugenden Gründe. Da die meisten Teilzahlungsbanken Töchtergesellschaften anderer Kreditinstitute seien, würden diese Kosten der Refinanzierung von den Müttern in Rechnung gestellt. Mithin seien Verluste der Töchter Gewinne der Mütter. Da eine verwerfliche Gesinnung nicht zu fordern sei, sei im übrigen gleichgültig, ob und in welchem Umfang Gewinne gemacht würden oder nicht (2).
Das Gericht bezieht alle Nebenkosten in den Effektivzinssatz ein, die Restschuldversicherungsprämie allerdings nur zu 50 % (3).
Neben § 138 Abs. 1 BGB bejaht das Gericht auch § 138 Abs. 2 BGB. Unter Verweis auf das vom Vorsitzenden entwickelte "Sandhaufentheorem" (4) werden die Voraussetzungen der Vorschrift als erfüllt angesehen, da das objektive Kriterium (Mißverhältnis) übererfüllt sei und die subjektiven Bedingungen (Unerfahrenheit) zumindest teilweise vorlägen. Aus dem Normzweck sei insoweit ein Ausgleich gerechtfertigt (5).
In einer weiteren Alternativlösung (6) wird schließlich die Nichtangabe des effektiven Jahreszinses als Verletzung einer Aufklärungspflicht qualifiziert, mit der Rechtsfolge, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Es könne allerdings völlige Lösung vom Vertrag dann nicht verlangt werden, wenn ohne die Verletzung ein Vertrag zu anderen Bedingungen zustande gekommen wäre. Der beweispflichtige Verletzer müsse hier nur wahrscheinlich machen, wie sich der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Aufklärung verhalten haben würde.

---

1) a.a.O., A IV 2
2) a.a.O., A IV 3
3) a.a.O., S. 2411, 2412, A V; zustimmend BGH BB 81, 927, 930
4) hier erfolgt ein Verweis auf Bender in: Gedächtnisschrift für Rödig, 1978, 38 ff; a.a.O., S. 2414
5) a.a.O., S. 2412, B; ablehnend der BGH, der Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale fordert, BGH BB 81, 927, 928
6) a.a.O., S. 2413, C II; hierzu hat der BGH in der Revisionsentscheidung, zumindest soweit veröffentlicht, nicht Stellung genommen, BB 81, 927 ff

3. Kapitel: Kritik und Konkretisierung

Ob die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten sich in den gewandelten Anwendungsbereich der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB einfügt, inwieweit sie Kritik ausgesetzt ist, und welche weitergehenden Möglichkeiten, zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen, bestehen, soll nachfolgend untersucht werden.

A. Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit

Basis der neueren Rechtsprechung ist noch immer die Grundsatzformel des Reichsgerichtes (1); wesentliches Element der dort formulierten Kriterien ist das "auffällige Mißverhältnis". Vordringliche Frage ist demnach die Konkretisierung des Begriffes und die Klärung des Verhältnisses zu weiteren, insbesonders subjektiven Anforderungen (2). Erst wenn dies geschehen ist, kann ein Meßwert entwickelt und der Versuch einer Quantifizierung unternommen werden.

I. Das auffällige Mißverhältnis und das Verhältnis von § 138 Abs. 1 zu § 138 Abs. 2 BGB

Das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung zumindest als Element der Sittenwidrigkeit ist schon durch die Existenz des § 138 Abs. 2 BGB anerkannt. Die inhaltliche Ausfüllung des Begriffes bedarf daher auch eines Seitenblickes auf die Konzeption des § 138 Abs. 2 BGB.

1. Die historischen Vorläufer

a) Die Lehre vom gerechten Preis

Das objektive Tatbestandsmerkmal des § 138 Abs. 2 BGB ist ebenfalls Ausprägung des juristischen und wirtschaftlichen Zeitgeistes über ein rechtshistorisch bekanntes Problem, nämlich das des "gerechten

1) siehe oben 2. Kapitel A I
2) Dies gilt insbesonders angesichts der eigenständigen Bedeutung, die das OLG Stuttgart dem Begriff zugewiesen hat; siehe oben 2. Kapitel B V, S. 99 ff

Preises" und der Verwirklichung des Äquivalenzprinzips (1).

Im Gegensatz zum klassischen Römischen Recht (2) forderte die naturrechtliche Lehre als Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung eines Vertrages ein Leistungsgleichgewicht (aequalitas) und daher eine äquivalente Gegenleistung (3). Die Feststellung der aequalitas setzt eine Wertlehre voraus; entscheidend ist nach der Sozialethik des Naturrechts ein objektiver Maßstab zuteilender Gerechtigkeit, nämlich der gemeine Wert (4).

Im BGH ist demgegenüber ein materiales Leistungsgleichgewicht als Wirksamkeitsvoraussetzung eines Vertrages nicht verankert; auch dies ist ein Ergebnis des klassischen Liberalismus mit seiner subjektiven Sicherheit in der rationalen Erfassung berechenbarer Wirtschaftsabläufe (5). Die freie Preisbildung auf dem Markt sollte Tauschgerechtigkeit für die Beteiligten kraft der Logik des Systems von selbst erzeugen. § 138 Abs. 2 BGB sollte nicht Äquivalenz gewährleisten, sondern vor schwerer Inäquivalenz schützen (6).
Nach dem Scheitern des liberalen Modells ist die Diskussion um den "gerechten Preis" wieder entflammt (7). Dem Mißerfolg, den die Forderung nach dem iustum pretium als rechtliches Gebot in früheren Zeiten erlebt hat, konnte man grundlegend neue Gedanken nicht entgegensetzen. Schon in der wechselnden Terminologie wird Ungleichartiges gleichgesetzt, so der gerechte mit dem allgemeinen, mit dem gerechtfertigten oder mit dem für die Volkswirtschaft notwendigen Preis (8). Gemeinsamer Gedanke ist in der Regel die Trennung

---

1) vgl. dazu Bartholomeyczik, AcP 166 (1966), 30, 39 ff; Franke, Diss., S. 32 ff, 105 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 982; Raiser, in Festschrift DJT, S. 129 ff
2) ius vigilantibus scriptum; in emptionibus venditionibus licet se circumvenire; vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 296
3) ne plus exigatur quam par est, vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 295 f m. w. N.
4) quanti omnibus valeret, vgl. Wieacker, a. a. O.
5) Bartholomeyczik, a. a. O., S. 42
6) Raiser, a. a. O., S. 130
7) Überblick bei Bartholomeyczik, a. a. O., S. 47 ff m. w. N.
8) H. Pesch, S. 91; Bartholomeyczik, a. a. O., S. 47

des gerechten Preises vom Marktpreis, da dieser wegen der Verschiedenheit der Marktstrukturen kein gerechter Preis sein könne (1).

Auch und gerade im heutigen Wirtschaftsverständnis ist die Frage nach einem gerechten Preis nicht zu beantworten, sie muß auf den Unzulänglichkeiten vermeintlicher objektiver und absoluter Güter aufbauen. Darüber hinaus ist auch praktisch nicht beantwortbar, wann Leistungsverhältnisse als äquivalent gelten können. In ein objektives Äquivalenzverhältnis müßten essentielle und akzidentielle Verpflichtungen einfließen. Ungeklärt bleibt, ob und welche Rolle der Kostenpreis spielen soll, wie beispielsweise die horizontale Mischkalkulation großer Unternehmen Berücksichtigung finden soll.

Ein Streben nach objektiver Äquivalenz lag und liegt weder dem Wuchertatbestand noch der Generalklausel zugrunde und ist auch durch diese Vorschriften nicht zu verwirklichen.
Bartholomeyczik (3) sagt zutreffend, daß der richtige Vertrag im Sinne des Rechtsgenossen gerade der bleiben wird, der ihm einen nicht äquivalenten Vorteil bringt.

b) Die laesio enormis und ihre Ausprägungen

Als Grenze, an der Sanktionen gegenüber der Verletzung des Äquivalenzprinzips begannen, hat die "laesio enormis" in verschiedenen Rechtsordnungen Bedeutung erlangt.

Gerade hierauf stützt das OLG Stuttgart im Urteil vom 24. 4. 1979 (4) in wesentlichem Umfang seine Entscheidung.

---

1) Seraphim, S. 235 f
   Bartholomeyczik, a. a. O., S. 48
2) vgl. schon R. Reinhardt, in: Festschrift Lehmann, S. 221 ff
3) a. a. O., S. 58
4) siehe oben 2. Kapitel B V, S. 99 ff

"Humanum est", billig und gerecht sei es, den Verkauf eines Grundstückes durch den Richter rückgängig zu machen, wenn der Kaufpreis nicht die Hälfte des wahren Wertes beträgt, es sei denn, der Käufer zahlt den Unterschiedsbetrag (1). Die wegen ihrer Stellung im Codextitel 4,44 auch als "lex secunda" bekanntgewordene Codexstelle hat die Juristen des Mittelalters und der Neuzeit beschäftigt. Ihre Entstehungsgeschichte, überhaupt ihre klassische Herkunft ist zweifelhaft (2). Die Rechtsnatur, ob zufällige Lösung oder Konzeption, ob Ausprägung des gerechten Preises oder Krisenbewältigung, ist umstritten geblieben.

Bemerkenswerterweise begriffen die Glossatoren und Postglossatoren die rein objektive Lösung des Problemes dahingehend, daß die arglistige Täuschung durch den Bevorteilten gegenüber dem Übervorteilten durch die ungleichen Leistungen vermutet werden könnte (3). Entgegen der Codexstelle erfolgt unter den Glossatoren die Ausdehnung des Schutzes auch auf den Käufer und auf alle Verträge strikten Rechtes. Im Naturrecht wirkte die Theorie vom gerechten Preis auf die laesio enormis ein (4). Erwähnt sei auch die laesio enormissime, das Mißverhältnis von zwei Drittel des wahren Wertes, das nach den Kanonisten nicht nur zur Aufhebbarkeit, sondern zur Nichtigkeit ipso iure führte (5).

---

1) Cod. Just. 4,44, 2, zitiert nach Franke, Diss., S. 32, der auch auf weitere Sekundärliteratur verweist
2) hierzu im einzelnen Franke, Diss., S. 33
3) Dekkers, la lésion énorme, S. 45 ff; die erklärende Formel von Gothofredus zur Glosse ad Dig. 45, 1, 36, in Digestum Novum seu pandectarum iuris civilis, Bd. 3, 1612, Spalte 939, lautet: "dolus rei inesse dicitur, quoties res ipsa iniqua est"; zitiert nach Franke, Diss., S. 36 FN 22
4) bemerkenswert die Gradeinteilung nach menschlichem und göttlichem Gesetz von Thomas von Aquin, Summa theologica: ein Mißverhältnis, das allein auf der Schwierigkeit beruht, den Wert sicher abzuschätzen, berührt weder das göttliche noch das menschliche Gesetz. Während die lex humana est das übermäßige Mißverhältnis angeht, ist nach der lex divina jedes Mißverhältnis verboten und bedarf des Ausgleichs; zitiert nach Franke, Diss., S. 38 f m. w. N.
5) Franke, Diss., S. 40 FN 40

Später versuchte die Lehre, die rigide Anwendung der laesio enormis abzuschwächen. So wurde der Verzicht auf die Geltendmachung der lex secunda vermutet, wenn der Übervorteilte das Mißverhältnis bei Vertragsschluß kannte; das Geschäft war dagegen hinfällig, wenn der Übervorteilte das Verhältnis nicht kannte. Dem Übervorteilten oblag es, daß Mißverhältnis zu beweisen, dem Bevorteilten der Nachweis, der andere habe es gekannt (1).

Die laesio enormis gelangte in abgewandelter Form in das Preußische Allgemeine Landrecht von 1792, wo sie neben einer Anzahl spezieller Wuchertatbestände und neben Regelungen sittenwidriger Geschäfte eingefügt worden war (2).

§ 58 des I. Teils, 11. Titel, stellt zunächst fest, daß ein Mißverhältnis zwischen Kaufpreis und Wert der Kaufsache für sich allein den Vertrag noch nicht entkräften kann (3). Nur wenn der Kaufpreis den wirklichen Wert der Sache um das Doppelte übersteigt, besteht zugunsten des Käufers die Rechtsvermutung eines zur Anfechtung berechtigenden Irrtums (4).

Im code civil ist die "lésion" als Ausnahmetatbestand aufgenommen worden. So kann der Verkäufer die Auflösung eines Kaufvertrages über Immobilien verlangen, wenn das Grundstück mit 7/12 unter dem normalen Wert veräußert wird, der Verkäufer also 5/12 des tatsächlichen Wertes erhält (5). Die Klage des Käufers führt nicht unbedingt zur Nichtigkeit des Vertrages; der Erwerber kann sie abwehren, wenn er die Wertdifferenz bezahlt (6).

---

1) Franke, Diss., S. 40 f m.w.N.
2) hierzu im einzelnen H. Schmidt, S. 80 ff

3) I 11 § 58: Der Einwand, daß der Kaufpreis mit dem Werthe der Sache in keinem Verhältnis stehe, ist für sich allein den Vertrag zu entkräften nicht hinreichend.
4) I 11 § 59: Ist jedoch dieses Mißverhältnis so groß, daß der Kaufpreis den doppelten Betrag des Werthes der Sache übersteigt, so begründet dieses Mißverhältnis, zum Besten des Käufers, die rechtliche Vermutung eines den Vertrag entkräftenden Irrtums.
5) Art. 1674 ff c.c., vgl. noch Franke, Diss., S. 49 ff; Bartholomeyczik AcP 166 (1966), 43
6) (s. hier Seite 107)

Im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Österreichs regelt § 934 die laesio enormis:

> "Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben hat, von diesem an gemeinem Werte erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorherigen Stand zu fordern. Dem anderen Teil steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werte zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältnis des Wertes wird nach dem Zeitpunkt des geschlossenen Geschäftes bestimmt."

Unmittelbar anschließend regelt das Gesetz die Ausnahmen in § 935 ABG:

> "Dieses Rechtsmittel findet nicht statt, wenn jemand ausdrücklich darauf Verzicht getan hat oder sich erklärt hat, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Wert zu übernehmen; wenn er, obgleich ihm der wahre Wert bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnismäßigen Werte verstanden hat; ... wenn sich der eigentliche Wert nicht mehr erheben läßt. ..."

Beim Ratengeschäft ist ein Verzicht unzulässig (1). Der gemeine Wert ist in der Regel der Marktpreis, auf den Ertrags- und Gestehungskostenwert kann nur abgestellt werden, wenn sich kein Markt gebildet hat. Die besonderen Verhältnisse der Parteien sind nicht zu berücksichtigen (2). Der Verletzte kann gem. § 934 AGB Aufhebung des Vertrages begehren, die der Verletzer durch "Abgang bis zum gemeinen Wert" verhindern kann. Bei Kreditgeschäften führt dies zur teilweisen Zinsrückzahlung bzw. Zinsminderung für die Zukunft (3).

---

6) v. S. 106: Franke, Diss., S. 53 m. w. N.; über die Bedeutung der 'lésion' über die Ausnahmetatbestände hinaus besteht Uneinigkeit; Tatsache ist, daß eine analoge Anwendung der gesetzlichen Regelungen durch die Gerichte ausgeblieben ist und auch die spezielle Regelung selbst wenig Bedeutung erlangt hat; vgl. Bartholomeyczik, AcP 166 (1966), 45; Zajtay, AcP 157 (1957), 479, 491 ff m. w. N.; Franke, Diss., S. 86

1) Klang-Gschnitzer, § 935 Anm. III
2) Klang-Gschnitzer, § 934 Anm. A 2a m. w. N.
3) Klang-Gschnitzer, § 934 Anm. B II 3

Im Österreichischen Recht ist die laesio enormis als zusätzliches Mittel der Wucherbekämpfung neben § 879 Nr. 4 ABG, dem § 138 Abs. 2 BGB vergleichbaren, speziellen Wuchertatbestand, bestehen geblieben (1).

In das BGB ist die laesio enormis ausdrücklich nicht übernommen worden. Die individualistische Schuldrechtskonzeption wandte sich ab vom iustum pretium, von der laesio enormis und von festen Zinsgrenzen (2) und ersetzte die Grundsätze durch die subjektive Bestimmung des Wuchertatbestandes, in dem der vereinbarte Kaufpreis grundsätzlich anerkannt wird und nur in Zusammenhang mit dem ausbeuterischen Verhalten einer Vertragspartei ein Unwerturteil ausgesprochen und mit der Nichtigkeitsfolge belegt wird.

Was an Übereinstimmung festgestellt werden kann, ist, daß der Begriff des auffälligen Mißverhältnisses historisch insoweit an der laesio enormis angelehnt ist, als er die massive Äquivalenzstörung ausdrücklich als Tatbestandselement aufgreift, wenn auch durch Verzicht auf eine feste Maßzahl Flexibilität im Einzelfall gewährleistet sein soll (3).

2. Rechtsprechung und Funktionswandel

Konsequent im Sinne des historischen Gesetzgebers war die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der ein Darlehnsgeschäft, bei dem die Merkmale des Wuchers fehlten, nicht sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB sein konnte (4). Eine Wende in der Rechtsprechung deutete sich jedoch bereits an, als festgestellt wurde, "selbst das ungeheuerlichste Mißverhältnis" reiche für sich nicht aus, eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB komme aber schon in Betracht, wenn die besonderen Elemente des Wuchers fehlten, aber andere Umstände hinzutreten würden (5).

---

1) Klang-Gschnitzer, § 934 Anm. A 3b
2) Wieacker, Sozialmodell, S. 15; ders., Privatrechtsgeschichte, S. 482; Franke, Diss., S. 110
3) so auch Mayer-Maly in MK § 138 Rdnr. 116; Bender, NJW 80, 1129, 1133
4) RGZ 64, 181 f
5) RGZ 93, 27, 29; dazu schon Eckstein, ArchBürgR 41 (1915), 220 ff; Kipp DJW 16, 466 f; Süss DRW 36, 359 ff; Stoll AcP 142, 333 ff

Schon damit ist die ursprüngliche Konzeption des Gesetzes gesprengt. Aufgrund der übersteigerten, kaum nachweisbaren Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB war, gerade in den Krisenzeiten nach dem Ersten Weltkrieg, ein Regelungsbedürfnis entstanden (1), das nach richterlichem Eingriff verlangte. Die weite Fassung des § 138 Abs. 1 BGB und die Formulierungen des § 138 Abs. 2 BGB ("... insbesondere sittenwidrig, wenn ...") machten eine Anwendung der Generalklausel möglich (2).

Die angestrengten Bemühungen der Rechtsprechung, den eintretenden Funktionswandel, den erweiterten Anwendungsbereich der Generalklausel gegenüber dem Spezialtatbestand des § 138 Abs. 2 BGB zu rechtfertigen, verschleiern den tatsächlichen Sachverhalt.

Mit dem Willen des historischen Gesetzgebers kann schon die Ersetzung der detaillierten subjektiven Elemente des § 138 Abs. 2 BGB durch andere Kriterien nicht mehr legitimiert werden.(3).

Ein entscheidender Schritt der Verselbständigung der Generalklausel war dann die Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1936 mit der noch heute bedeutungsvollen Formel (4). Nunmehr sollte neben dem auffälligen Mißverhältnis nur noch eine "gegen das gesunde Volksempfinden" verstoßende Gesinnung erforderlich sein. Im Vertrag komme dann ein "dem Ganzen nachteiliger Eigennutz" zum Ausdruck, der im übrigen unter Umständen schon aus dem Maß des Mißverhältnisses abgeleitet werden können sollte.

Die Legitimation des Reichsgerichtes für die Änderung der Rechtsprechung, nämlich die Anpassung des § 138 Abs. 1 BGB an die seit dem "Umbruch" gewandelte "nationalsozialistische Weltanschauung", zeigt in aller Deutlichkeit, auf welche Scheinbegründungen sich die Rechtsprechung beim Verweis auf das "Anstandsgefühl" bzw. "gesunde

---

1) dazu Franke, Diss., S. 125 ff
2) Mayer-Maly in MK § 138, Rdnr. 99, formuliert insoweit zutreffend, daß § 138 Abs. 2 BGB in Konkretisierung einer Generalklausel einen Tatbestand bezeichnet, ohne dadurch diese Generalklausel in einem entscheidenden Punkt zu präjudizieren.
3) insoweit zutreffend die Kritik bei Franke, Diss., S. 128, der allerdings den gewandelten Funktionsbereich der Generalklausel verkennt.
4) RGZ 150, 1 ff

Volksempfinden" zurückzieht. Die Rechtsprechungsänderung ist schon durch frühere Entscheidungen vorbereitet worden, so daß von gewandelten, außerrechtlichen Anschauungen keine Rede sein kann (1).

Im Grunde geht es dem Gericht darum, eine "wirksame Handhabe" (2) zur Bekämpfung des Wuchers und zum Schutze des schwächeren Vertragsteils zu konstruieren. Dabei werden Gedanken des Äquivalenzprinzipes wieder aufgegriffen, um die Rechtsprechungskorrektur zugunsten eines "Vertragsgleichgewichtes" zu rechtfertigen. Das Gericht vermutet "regelwidrige Anlässe", wenn ein Geschäft "die Bahnen des regelmäßigen, den Belangen beider Teile gerecht werdenden Güteraustausches verläßt" und will "durch die Sachlage nicht gerechtfertigten Vorteilen" die Anerkennung versagen (3).

Um nichts anderes geht es in der neueren Rechtsprechung des BGH, die sich eng an die Reichsgerichtentscheidung anlehnt (4). Die wirtschaftliche und intellektuelle Überlegenheit des Kreditgebers, die sich in hoher Gegenleistung des Kreditnehmers, in durch einseitig festgelegte Kreditbedingungen enthaltenen Zusatzbelastungen und mangelnder Vertragstransparenz widerspiegelt, bedarf der Kontrolle, wenn durch sie das Recht der Selbstbestimmung über ein vertretbares Maß hinaus reduziert wird.

Das Reichsgericht und ihm folgend der BGH setzen die Generalklausel direktiv zum Schutze des einzelnen und der Institution "Vertragsfreiheit" ein. Dies entspricht dem gewandelten Funktionsbereich des § 138 Abs. 1 BGB. Die Rechtsfortbildung soll verhindern, daß Machtungleichgewichte zu unverhältnismäßigen Äquivalenzstörungen führen. Die Entscheidungen reihen sich ein in die bereits skizzierte (5), allgemeine Umstrukturierung des Sozialmodells. Ebenso wie mit Hilfe von § 138 Abs. 1 BGB der Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Knebelverträge (6), durch Mißbrauch von Machtstellungen in Gesell-

---

1) dahingehend auch Simitis, S. 13
2) Z 150, 6
3) Z 150, 5
4) siehe oben 2. Kapitel, A I, VIII
5) siehe oben 1. Kapitel, A II 2 d
6) dazu Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 96 ff m. w. N.

schaftverhältnissen (1), im Mietrecht (2) oder durch Mißbrauch von Arbeitgeberstellungen (3) entgegengewirkt wurde, bedurfte die Ausnutzung von Machtungleichgewichten (4) zu "nicht sachgerechten Vorteilen" der Kontrolle, die § 138 Abs. 2 BGB zu leisten nicht in der Lage war.

Macht man sich klar, daß der Schutz der Privatautonomie im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB durch Aufhebung der Autonomie, nämlich Nichtigkeit des Vertrages, ausgeübt wird, folgt schon daraus, daß die Generalklausel behutsamer Handhabung bedarf, wenn das Verhältnis von Schutzgut zu Schutzvorschrift nicht ad absurdum geführt werden soll. Dem Reichsgericht (5) kann nur zugestimmt werden, wenn es "Vorsicht und Zurückhaltung" bei der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB fordert.

Andererseits ist die dargestellte Funktion dem liberalen Vorstellungen des historischen Gesetzgebers enger verhaftet als die Forderung nach umfassendem, legislativem Interventionismus. Je höher der Grad der Durchnormierung von Sonderfällen und allgemeinen Schutzgedanken wird, je stärker wird der Umfang der Privatautonomie beschnitten. Die Flexibilität einer Generalklausel, die allenfalls die Wirkung erzielen kann, große Schäden zu verhindern, wirkt hier weitaus weniger einschneidend (6).

II. Die subjektiven Elemente

1. Die Bedeutung des Rechtsgeschäftes als Regelung

Das Reichsgericht lehnt eine objektive Verwirklichung des § 138 Abs. 1 BGB ab, da der Vorwurfscharakter der Vorschrift ansonsten verkannt

---

1) dazu Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 119 ff m.w.N.
2) dazu Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 126
3) dazu Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 127 ff m.w.N.
4) so auch Bender, NJW 80, 1129, 1133
5) Z 150, 1, 6
6) vgl. für den Bereich des Kartellrechts Hoppmann, S. 5 ff, 18 f

werde (1). Die Ordnungsfunktion, zu der die Rechtsprechung selbst die Generalklausel heranzieht, um die Grenze der Vertragsfreiheit abzustecken, widerlegen diese Ansicht ebenso wie die Vernachlässigung der subjektiven Seite durch die Rechtsprechung selbst bis hin zur Fiktion.

Erkennt man an, daß die Generalklausel die nicht bereits in Spezialklauseln aufgewiesenen Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltung bezeichnet, folgt daraus, wie Flume (2) es zutreffend formuliert, daß entscheidend die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes als R e g e l u n g ist (3). Geht es aber um die Validierung oder Nichtvalidierung des Rechtsgeschäftes als Regelung, ist ein Bewußtsein der Parteien um eine Wertwidrigkeit nicht von Bedeutung (4). Dem steht nicht entgegen, daß subjektive Elemente bei Gesamtwürdigung eines Rechtsgeschäftes im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB Bedeutung erlangen können, wenn eine objektiv sittenwidrige Regelung nicht feststellbar ist (5).

2. Die Verobjektivierung des Tatbestandes durch die Rechtsprechung

Die entschiedene Betonung des subjektiven Elementes, die "verwerfliche Gesinnung" desjenigen, der "sich schuldig gemacht hat" (6), verdeckt die weitgehende Verobjektivierung der Voraussetzungen durch die Rechtsprechung selbst.

Dies zeigt nicht nur der beim besonders groben Mißverhältnis zugelassene Rückschluß auf eine zwingend naheliegende verwerfliche Gesinnung (7); deutlich wird dies bereits aus der Feststellung, daß nunmehr neben dem auffälligen Mißverhältnis nur zu fordern sei, daß der Bevorteilte grob fahrlässig aus der "mißlichen Lage" des anderen

---

1) RGZ 150, 1, 5
2) AT § 18, 3, S. 373
3) so auch Larenz AT, § 22 III, S. 401; Lindacher AcP 173 (1973), 126; Soergel-Hefermehl § 138, Rdnr. 31 m. w. N.; a. A. Enneccerus-Nipperdey § 191 II 2, der ähnlich wie das Reichsgericht argumentiert.
4) Lindacher a. a. O.; im Ergebnis so schon Kipp, DJZ 16, 466 ff
5) Larenz § 22 III, S. 401
6) Z 150, 5
7) Z 150, 6

ungerechtfertigte Vorteile gezogen hat (1).

Liegen die objektiven Voraussetzungen, d. h. die schwere Äquivalenzstörung bei "mißlicher Lage" (2) des schwächeren Teils vor, kann in der Regel davon ausgegangen werden, daß der Bevorteilte leichtfertig die objektiven Zusammenhänge außer acht gelassen hat (3). Die neuere Rechtsprechung, die sich ja ebenfalls noch auf die alte Reichsgerichtsformel stützt, benötigt zur Annahme der subjektiven Voraussetzungen selten mehr als einen Satz (4). Der Übervorteilte ist schon bei Vorliegen eines auffälligen Mißverhältnisses nicht mehr genötigt, subjektive Merkmale nachzuweisen; auch hier greift insoweit zu seinen Gunsten eine Vermutungswirkung ein. Symptomatisch ist deshalb auch, daß es in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht erforderlich geworden ist, auf die zwingende Vermutungswirkung eines besonders groben Mißverhältnisses zurückzugreifen (5).

Parallelen zu der vom Reichsgericht (6) so entschieden abgelehnten laesio enormis werden sichtbar, bei der ebenfalls aus objektiven Kriterien der Rückschluß auf subjektive Umstände gezogen wurde.

3. Die Bedeutung eines zusätzlichen Elementes neben dem auffälligen Mißverhältnis

Neben der überkommenen Vorstellung, die Anknüpfung an § 138 Abs. 2 BGB nicht völlig zu vernachlässigen, mag Grund für die Haltung des Reichsgerichtes sein, das subjektive Element in der gehandhabten Form aufrechtzuerhalten, daß im Einzelfall zugunsten des Bevorteilten subjektive Kriterien denkbar sind, die eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes als unbillig erscheinen lassen. Durch ein auffälliges Mißverhältnis ist der Mißbrauch der Vertragsfreiheit nicht zwingend gekennzeichnet, wie die Ausnahmetatbestände für die laesio enormis in

---

1) siehe oben 2. Kapitel A I, S. 50 f
2) zu dieser objektiven Voraussetzung siehe unten A IV 1 a, S. 119 f
3) so nunmehr auch Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 2 b, bb
4) siehe oben 2. Kapitel A VI 4, S. 82
5) siehe oben 2. Kapitel A II, S. 51 f
6) Z 150, 6

§ 935 des Österreichischen ABG beispielhaft erläutern. Wer freiwillig und in Kenntnis des wahren Wertes des Kaufobjektes das Geschäft zu einem unverhältnismäßigen Preis eingeht, wer für ein besonderes Stück einen Liebhaberpreis zahlt, bedarf ebenso wenig des Schutzes wie die Institution "Vertragsfreiheit" gefährdet ist (1). Erst wenn die Äquivalenzstörung aus einem Machtungleichgewicht resultiert, ist Kontrolle geboten. Diesem Erfordernis wird in der Grundsatzformel des Reichsgerichtes und des BGH insoweit Rechnung getragen, als ein auffälliges Mißverhältnis isoliert die Sittenwidrigkeit noch nicht auslösen kann.

An diesem Punkt ist der Lösungsansatz des OLG Stuttgart (2), bei Überschreitung des marktüblichen Zinssatzes um 100 % in Anlehnung an die laesio enormis von der Nichtigkeit des Vertrages auszugehen, Kritik ausgesetzt. Bei der laesio enormis wird bei einem bestimmten Leistungsmißverhältnis ein Mißbrauch vermutet; der hohe Wahrscheinlichkeitsgrad rechtfertigt die Normierung als Regelfall. Einzelfallgerechtigkeit wird durch die Festlegung von Ausnahmetatbeständen ermöglicht. Mit der Formulierung des Gerichtes, daß "unangemessene Ergebnisse nicht zu befürchten" seien, kann eine starre Grenzsetzung nicht begründet werden. Die individuelle Berücksichtigung eines hohen Einzelfallrisikos beispielsweise kann der Ansatz nicht erfassen.

III. Die Legitimation einer Quantifizierung

1. Flexibilität contra Rechtssicherheit

Der Reichsgerichtsformel haftet ein entscheidender Mangel an, nämlich die unzureichende Präzisierung. Diesbezüglich hat auch die neuere BGH-Rechtsprechung keine Erhellung gebracht; die größere Effektivität, die der BGH erzielt, folgt aus der zusätzlichen Bewertung "sonstiger Umstände"; für die Frage der massiven Äquivalenzstörung selbst hat sich gegenüber der Reichsgerichtsrechtsprechung

---

1) vgl. noch die Beispiele bei Bender, NJW 80, 1129, 1133 f
2) siehe oben 2. Kapitel B V, S. 99 ff

nichts geändert. Quantitative Richtlinien für ein auffälliges oder besonders grobes Mißverhältnis zu setzen, hat das Gericht vermieden.

Die skizzierte Rechtsprechung der Obergerichte vor und auch nach Veröffentlichung der neueren Grundsätze ist in ihrer Uneinheitlichkeit und Widersprüchlichkeit beispielhaft für die Rechtsunsicherheit in der Judikatur und in der Praxis. Daß neue Vorstöße des OLG Stuttgart und des OLG Hamm (1) n a c h Bekanntwerden der neueren BGH-Grundsätze gemacht wurden, zeigt auch, daß Richtlinien noch immer erwünscht werden (2).

Wenn der Gesetzgeber an die Stelle der starren Grenze der laesio enormis das flexible auffällige Mißverhältnis gesetzt hat, ist damit über die Errichtung von Richtlinien i. S. quantitativer Anhaltspunkte noch keine abschließende Aussage gemacht.

Wiederum ist auf die Veränderung der Verhältnisse hinzuweisen. Der historische Gesetzgeber erhoffte größere Effektivität durch weitgehende Ermessensfreiheit des Richters bei der Beurteilung der Äquivalenzstörung. Der direktive Eingriff in ein standardisiertes Mengengeschäft der Banken lag außerhalb seiner Vorstellungskraft. Die wirtschaftspolitisch wirkende Rechtsetzung des BGH betrifft ganze Geschäftsbranchen, hier vor allem die Teilzahlungsbanken, in ihren Grundlagen; damit geht die Wirkung der Rechtsprechung weit über die historisch ins Auge gefaßte Einzelfallgerechtigkeit hinaus.

Betrachtet man die Auswirkungen der direktiven Befugnisse, ist die im Rechtsstaatsprinzip verankerte Rechtssicherheit (3) in weit grösserem Maße betroffen, als vom Gesetzgeber vermutet werden konnte.

---

1) siehe oben 2. Kapitel B IV; V, S. 97 ff
2) so ausdrücklich auch Bachmann, NJW 79, 2082, der eine 'auch von Laien anwendbare Formel' fordert; ebenso hat Münstermann im Interessenorgan der Teilzahlungsbanken, FLF 5/80, 217, 218, das Recht des Kreditgebers betont zu wissen, "was denn nun schließlich zur Sittenwidrigkeit führt."
3) BVerfGE 7, 194, 196; 13, 261, 271; BVerwGE 2, 113, 114; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 20, 12 m. w. N.

Hier genügt die Feststellung, daß die Rechtssicherheit neben der Komponente der Realisierungssicherheit die der Orientierungssicherheit oder -gewißheit umfaßt (1). Rechtsunterworfene und Rechtsanwender sollen wissen, woran sie sich zu halten haben. Dies bedingt einmal "Rechtsklarheit" (2), d. h. Erkennbarkeit des Rechtsinhaltes und zugleich eine gewisse Kontinuität und Stabilität des Rechts (3).

Diesen Anforderungen muß nicht nur das gesetzte Recht entsprechen. Das Postulat der Orientierungsgewißheit gilt, wenn auch in abgewandelter Form, für die von anderen Staatsorganen, vor allem den Gerichten, entwickelten und angewandten Grundsätze und Regeln (4). Hingewiesen werden muß auch darauf, daß die obersten Gerichtshöfe des Bundes als Revisionsgerichte schon wegen ihrer Stellung im Instanzenzug zur Wahrung und Gewährleistung der Rechtsprechungseinheit berufen sind (5). Es ist eine Forderung nach Rechtssicherheit, daß eine Rechtsnorm von den Gerichten auch im gleichen Sinne, "einheitlich" angewendet wird. Divergierende Entscheidungen berühren die Interessen des einzelnen, indem sie - auch bei unzweifelhaftem Sachverhalt - seinem Rechtsschutz die Vorhersehbarkeit nehmen (6).

Ausgeschlossen soll auch sein, was in Rechtsabteilungen von Teilzahlungsbanken nicht unüblich ist, daß nämlich die Entscheidung über die Durchführung eines Berufungsverfahrens entscheidend davon geprägt ist, welches Oberlandesgericht zuständig ist (7).

---

1) Diese Einteilung geht auf Geiger, S. 102 f, zurück; ebenso Zippelius, 107 ff; Schlüter, S. 39 f
2) Esser, in: Festschrift Rittler, S. 13
3) Schlüter, S. 40 m. w. N.
4) Schlüter, a. a. O.
5) vgl. §§ 137 GVG, 11 Abs. 4 VwGO, 45 Abs. 2 S. 2 ArbGG, 43 SGG, 11 Abs. 4 FGO
6) Baur, JZ 53, 326
7) Anekdotischen Wert hat in diesem Zusammenhang die an den Autor herangetragene Bitte, der Untersuchung einen "Plan" der verschiedenen OLG-Bezirke mit Kennzeichnung der jeweiligen Maßstäbe beizufügen.

2. Generalklausel und 'Richtlinienrechtsprechung'

Befürwortet man die Aufstellung von quantitativen Richtlinien zwecks weiterer Konkretisierung, taucht die Frage der richterlichen Kompetenz auf, die Problematik der Grenzen des Richterrechts (1).

Gegner einer "Richtlinienrechtsprechung" äußern das Bedenken, daß die Gerichte für die quasi-gesetzgeberische Tätigkeit nicht hinreichend gerüstet seien. Die Defizite eines gerichtlichen Verfahrens, d.h. mangelndes Tatsachenmaterial, prozessuale Schranken und unzureichender Überblick,werden relevant (2).

Befürworter weisen vor allem auf die Notwendigkeit klarer Zahlen hin, wenn Mengengeschäfte betroffen sind. Hier müsse "der Forderung nach Rechtsklarheit ... vor dem Prinzip der Gewaltenteilung der Vorrang eingeräumt werden" (3).

Dies erkennend, haben vor allem des Bundesarbeitsgericht (4) und das Bundessozialgericht (5) mehrfach fest umrissene Regeln über den Einzelfall hinaus für eine Vielzahl möglicher Fälle aufgestellt. Das BAG (6) hat in mehreren Entscheidungen die Rückzahlungsverpflichtung von Weihnachtsgratifikationen oder Treueprämien bei demnächstiger Kündigung regelrecht katalogisiert. Auch hierbei ging es um die Ausfüllung des Begriffs der "guten Sitten", um Wirksamkeit bei Nichtigkeit von arbeitsrechtlichen Vereinbarungen nach § 138 Abs. 1 BGB (7). Das BSG (8) hat u.a. bestimmt, daß eine Unterhaltsleistung an die geschiedene Ehefrau für die Bemessung der Rente dann wegen "Geringfügigkeit" außer Betracht zu lassen sei, wenn sie weniger als 25 %

---

1) siehe bereits oben S. 30 FN 4
2) hierzu eingehend Larenz, in: Festschrift Henkel, S. 38, 39 m.w.N.; siehe auch Schlüter a.a.O., S. 31 ff, 57 f und oben S. 30 FN 4
3) Hilger, in: Festschrift Larenz, S. 109, 121 ff; siehe auch Bender NJW 80, 1129, 1132
4) AP Nr. 15, 22, 23, 24 zu § 611 BGB - Gratifikation
5) E 22, 44; 30, 167, 182 ff
6) a.a.O.
7) Unterschieden wird nach Höhe der Gratifikation - nicht mehr als DM 100,-, über DM 100,-, aber weniger als ein Monatslohn, ein Monatslohn oder mehr - und nach Länge der verstrichenen Zeit und Kündigungsfrist
8) E 22, 44

des Mindestbedarfs des Unterhaltsberechtigten ausgemacht hat (1). Das BSG hat zugestanden, daß empirische Untersuchungen der Festsetzung der 25 %-Grenze nicht vorangegangen seien, noch sei eine Analogie mit ähnlichen Regelungen erfolgt. Es handele sich um eine "gegriffene Größe"; es ließe sich darüber streiten, ob die Prozentzahl höher oder niedriger hätte ausfallen sollen, sicher sei jedoch, daß die Quantifizierung zulässig sei (2).

Larenz (3) kann nicht widersprochen werden, daß quantitativen Festlegungen ein gewisses Maß an Willkür anhaftet; nicht darüber hinweggehen kann man auch, daß das Gericht durch ziffernmäßige Kriterien die Möglichkeiten einer Generalklausel, besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen, beschneidet.

Dennoch ist der jetzige Weg, der vom Reichsgericht eingeschlagen worden ist und vom BGH weiterverfolgt wird, für den hier untersuchten Bereich der Rechtsprechung ein "Stehenbleiben auf halbem Wege".

Konstatiert man die generelle Ordnungsfunktion, die die BGH-Rechtsprechung unmittelbar über die Einzelfallentscheidung hinaus auf ein standardisiertes Mengengeschäft ausübt, darf eine solche nicht dazu führen, daß nicht Ordnung, sondern Rechtsunsicherheit erzeugt wird. Billigt man eine direktive Rechtsetzung des BGH im Rahmen einer gewandelten Funktion des § 138 Abs. 1 BGB (4), so endet eine Rechtfertigung, wenn Schutzregelungen durch ungenügende Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen wieder entkräftet werden.

Die Rechtsprechung befindet sich also in einem Dilemma, die Flexibilität der Generalklausel zu gewährleisten und gleichzeit ein höchstmögliches Maß an Konkretisierung zu erreichen (5). Wird durch eine Richtliniensetzung diese Diskrepanz verringert, ist sie gerechtfertigt.

---

1) im Bereich des Strafrechts kann die Mindestgrenze von 1,3 ‰ Blut- oder Körperalkoholkonzentration zur Festlegung des Begriffs 'absolute Fahruntüchtigkeit' angeführt werden; hierzu eingehend Schönke-Schröder-Cramer, § 315c, Rdnr. 8 m.w.N.
2) so der Präsident des BSG, Wannagat, in der Schweiz. Zeitschr. für Sozialversicherung 1972, 163, zit. nach Larenz, a.a.O., S. 36
3) a.a.O., S. 36 f
4) was bzgl. der Grundsatzentscheidung in RGZ 150, 1 ff allgemein geschehen ist
5) siehe auch Larenz, Methodenlehre, S. 204

Dies soll im folgenden versucht werden.

IV. Die Entwicklung von Kriterien für einen Meßwert

Es gilt, einen Meßwert zu entwickeln, an dem sich Gerichte und Praxis orientieren können, der eine ausreichende Handhabbarkeit aufweist, und der ausreichend flexibel ist, um auch in Sonderfällen sachgerechte Ergebnisse zu ermöglichen.

1. Äquivalenzstörung und Vermutungswirkung

a) Lösungsansätze aus der Rechtsprechung

Sucht man nach Vorbildern, rückt zunächst die vom Reichsgericht (1) selbst vorgeschlagene Lösung ins Auge, daß bei besonders grobem Mißverhältnis der Leistungen die Sittenwidrigkeit zwingend naheliegen könne. Mit einer Quantifizierung des Begriffes wäre eine eindeutige Richtlinie geschaffen.

Bedenken ergeben sich hier bereits deshalb, weil die Äquivalenzstörung den Vertragsmißbrauch nicht in allen Fällen kennzeichnet (2). Verbindet man den Begriff mit einer starren Meßzahl, ist jede Flexibilität verloren. Auch Reichsgericht und BGH verzichten auf eine starre Grenzziehung, um durch individuelle Würdigung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen. Da die Festlegung einer unumstößlichen, ausnahmslos geltenden Meßzahl für ein Leistungsmißverhältnis atypische Einzelfälle nicht erfassen kann, scheidet dieser Lösungsansatz aus.

Nutzbar gemacht werden kann aber der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verankerte Gedanke einer von der Äquivalenzstörung ausgehenden Vermutungswirkung.

Ähnlich der laesio enormis legen Reichsgericht und BGH bereits dem auffälligen Mißverhältnis eine starke Vermutungswirkung bei. Mit Steigerung des Mißverhältnisses erhöht sich - so die Meinung des Reichs-

---

1) RGZ 150, 1, 6
2) siehe bereits oben 3. Kapitel A II 3, S. 113 f
3) Dieser Einsicht folgend hat nunmehr Bender, Vors. Richter am OLG Stuttgart, einen Vorschlag de lege ferenda gemacht, wonach das Wucherverbot mit Regelbeispielen für ein besonders grobes Mißverhältnis und Ausnahmetatbeständen neu gefaßt werden sollte, NJW 80, 1129, 1134

gerichtes - die Wahrscheinlichkeit eines Vertragsmißbrauchs, bis ein Wert erreicht ist, bei dem die Prüfung weiterer Elemente ganz vernachlässigt werden kann (1). Nach Ansicht des Gerichtes erstreckt sich die Vermutungswirkung auf die "verwerfliche Gesinnung". Diese wiederum wird charakterisiert durch die Ausnutzung einer "mißlichen Lage", so die Definition des Reichsgerichtes, bzw. einer "schwächeren Lage", so die Formulierung des BGH (2).

Der Begriff "mißliche Lage" sucht nicht den Vergleich mit der Lage des Vertragspartners, er ist angelehnt an die "Notlage" gem. § 138 Abs. 2 BGB a.F.. Die Neuformulierung des BGH dagegen verlangt eine Gegenüberstellung der Situation, in der sich die Vertragspartner befanden. Bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit geht es auch nicht allein darum, daß eine konkrete Notlage vorwerfbar mißbraucht worden ist, es geht insgesamt darum, ob ein inadäquates Ergebnis durch Mißbrauch einer Machtstellung zustande gekommen ist. Genau dieses Machtungleichgewicht definiert sich in der BGH-Rechtsprechung durch die Ausnutzung der "schwächeren Lage". Bejaht man eine Vermutungswirkung, die, von der massiven Äquivalenzstörung ausgehend, sich auf die Ausnutzung der "schwächeren Lage" erstreckt, vermutet man auch, daß ein Machtungleichgewicht besteht und dieses kausal für die Äquivalenzstörung war. Dies sind nach hier vertretener Auffassung genau die Kriterien, die die Sittenwidrigkeit des Geschäftes begründen.

Der enge Zusammenhang von Äquivalenzstörung und Mißbrauch der Vertragsfreiheit, der letztlich auch im normierten Begriff des auffälligen Mißverhältnisses als objektivem Sittenwidrigkeitskriterium Ausdruck gefunden hat, zeigt sich im hier untersuchten Konsumentenkreditgeschäft mit aller Deutlichkeit.

Stellt ein einheitlicher Markt (3) dem Kreditnehmer Kapitel zu einem bestimmten, durchschnittlichen Preis zur Verfügung, und "nutzt" dieser seine Abschlußfreiheit dahingehend, daß er einen Vertrag mit

---

1) ebenso kannten die Kanonisten die laesio enormissime mit der Nichtigkeit ipso iure
2) siehe oben 2. Kapitel A I, S. 50
3) dazu eingehend unten A V 4 b, aa, S. 141 ff

krass inadäquatem Leistungsverhältnis eingeht, liegt nahe, daß er dies nicht "freiwillig" tut, wie § 935 des Österreichischen ABG eine Ausnahme von der laesio enormis formuliert. Liegt dem Vertragsprinzip der Gedanke zugrunde, daß das in freier Selbstbestimmung ausgehandelte Ergebnis Tauschgerechtigkeit erzeugt (1), weil jeder seinen subjektiven Vorteil findet, kann dies kaum verwirklicht sein, wenn ein Vertragspartner das extrem ungünstige dem vorteilhafteren Geschäft vorzieht. Um Schmidt-Rimplers viel diskutierte These von der "Richtigkeitsgewähr" des Vertrages (2) aufzugreifen, könnte man davon sprechen, daß die massive Äquivalenzstörung umgekehrt eine "Unrichtigkeitsgewähr"(3) dafür bietet, daß der Vertrag aus einem Machtungleichgewicht resultiert und deshalb von der Rechtsordnung nicht mit Schutz ausgestattet werden sollte (4).

Der BGH charakterisiert den Mißbrauch durch die Ausnutzung einer "schwächeren Lage". Angesichts dieser allgemeinen Formulierung gerät die Voraussetzung allerdings zur Farce. Der Verbraucher, der zur Befriedigung privater Bedürfnisse genötigt ist, Kredit aufzunehmen, ist ökonomisch zwangsläufig mit einem Bankinstitut nicht vergleichbar. Die Bank ist wirtschaftlich, aber auch intellektuell weitaus der überlegene Partner. Dem vorformulierten Antragsformular mit Zinsen und Kostenangaben, Nebenbedingungen, Verweisungen, allesamt einseitig festgelegt, hat der Kreditnehmer nur seine Unterschrift entgegenzusetzen.

Beide Kriterien - wirtschaftliche und intellektuelle Übermacht - stehen gleichwertig nebeneinander und berühren die Vertragsfreiheit in gleicher Weise. Auch in § 138 Abs. 2 BGB sind Unerfahrenheit und mangelndes Urteilsvermögen einerseits, Ausnutzung einer Zwangslage andererseits, eigenständige Kriterien. Die alternative und kumulative

---

1) vgl. Raiser, Vertragsfunktion, S. 101, 104, 130 f
2) AcP 147 (1941), 130 ff; berechtigte Kritik bei Raiser, a.a.O.
3) i.S. einer hohen Wahrscheinlichkeit, die auch Schmidt-Rimpler meint, vgl. dessen Rechtfertigung in: Festschrift Raiser, S. 1 ff, 5
4) so im Ergebnis auch Mayer-Maly in MK § 138 Rdnr. 99; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 2 b, bb

Verwendung dieser Voraussetzungen durch den BGH (1) ist demnach gerechtfertigt (2).

Das Machtungleichgewicht zwischen Bank und Konsument ist programmiert; davon geht stillschweigend auch der BGH aus. Die Vermutungswirkung ergreift im wesentlichen also nur die Kausalität zwischen Machtungleichgewicht und inadäquatem Ergebnis.

b) Die erweiterte Anwendung der Vermutungswirkung

Der Lösungsansatz aus der Rechtsprechung kann insoweit verwertet werden, als ein quantitativer Richtwert, ausgestattet mit einer Vermutungswirkung, eine größere Flexibilität gewährleistet, indem Einzelfallgerechtigkeit durch Widerlegung dieser Vermutung möglich bleibt.

Allerdings muß die Vermutungswirkung dann in einem entscheidenden Punkt über die Rechtsprechung des BGH hinaus erweitert werden. Die Wirkung muß auf die Tatsache, daß überhaupt ein Leistungsmißverhältnis bei Überschreitung der festzulegenden Grenze vorliegt, ausgedehnt werden. Das heißt mit anderen Worten, die Richtlinienüberschreitung gestattet die Vermutung eines Leistungsmißverhältnisses und dieses wiederum läßt auf ein Machtungleichgewicht und damit auf die Sittenwidrigkeit des Geschäftes schließen.

2. Die beweisrechtlichen Konsequenzen

Jede Vermutungswirkung führt zu beweisrechtlichen Konsequenzen.

a) Die grundsätzliche Beweisverteilung

Nach der immer noch herrschenden Meinung lautet die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung so: Wer ein Recht geltend macht, hat die tatsächlichen Voraussetzungen der rechtsbegründenden Normen zu beweisen, wer das Bestehen des Rechts leugnet, die tatsächlichen Voraussetzungen der rechtshindernden, rechtsvernichtenden

---

1) siehe oben 2. Kapitel A VI 3, S. 81 f
2) so auch Hadding, S. 119 f

und rechtshemmenden Normen (1). Die Grundregel gilt nur insoweit, als nicht abweichende gesetzliche oder richterrechtliche Beweislastregeln eingreifen (2). Vereinzelt ist im BGB die Beweislast ausdrücklich geregelt, so in §§ 282, 345, 358, 363, 442, 542 Abs. 3 und 636 Abs. 2. Ein anderes gesetzgeberisches Mittel zur Verteilung der Beweislast ist die Aufstellung widerleglicher Tatsachenvermutungen, z. B. §§ 938, 1117 Abs. 3 BGB (3) oder widerleglicher Rechtsvermutungen, z. B. §§ 891, 1006 BGB (4).

In den Gesetzgebungsmaterialien werden logische Gründe, Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten als allgemeine Rechtfertigung der Beweislastverteilung genannt (5).

Die Literatur erörtert ebenfalls den Grund der Beweislastverteilung (6). Am häufigsten findet sich der Hinweis, daß den Beweislastnormen Wahrscheinlichkeitssätze, Lebensregeln oder ein statistisches Regel-Ausnahme-Verhältnis zugrunde lägen (7); verwiesen wird auf vom Gesetzgeber beabsichtigte Erleichterungen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs (8). Daneben wird zur Erklärung der Beweislastregeln der Sphärengedanke herangezogen. Der Gesetzgeber habe vielfach in dem Bestreben, Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, die Beweislast der Partei auferlegt, in deren Sphäre sich der streitige Vorgang abgespielt hat, da sie zur Aufklärung in der Regel besser in der Lage sei (9). Daß eine Partei das Beweismaterial beherrscht, sei ein Argument für ihre Beweislast (10).

---

1) Rosenberg, S. 105; Rosenberg/Schwab, § 118 III 2, S. 611; Lent/Jauernig, § 50 IV, S. 165 f; Thomas/Putzo, § 282 Anm. 2d; Redeker, NJW 66, 1777, 1779; Reinecke, S. 28 m. w. N.
2) dazu allgemein Reinecke, S. 32 ff m. w. N.
3) Rosenberg, S. 199 ff m. w. Beispielen
4) Rosenberg, S. 224 ff m. w. Beispielen
5) Mugdan Bd. I, S. 815; die hier gegebene Begründung diente der 2. Kommission als Argument für die Streichung der im 1. Entwurf (§§ 193-198) vorgesehenen allgemeinen und besonderen Vorschriften über die Beweislastverteilung, so Reinecke, S. 34 FN 84
6) z. B. Rosenberg, S. 90 ff; Musielak, S. 282 ff, insbes. S. 353 ff; Reinecke, S. 35 ff m. w. N.; Schrifttumüberblick bei Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Anh. § 286
7) vgl. Rosenberg, S. 91, 93; Reinecke, S. 36 m. w. N.
8) Musielak, S. 359 ff
9) Blomeyer, S. 346; Larenz, SchR I, § 241 I; Reinecke, S. 37
10) so Ekelöf, ZZP 75, 289, 297 f; vgl. auch Prölls, S. 74 ff; Musielak, S. 359 ff

Reinecke (1) weist darauf hin, daß einzelnen Beweislastnormen besondere Motive zugrunde liegen. Eine qualitative Abwägung der negativen Auswirkungen trifft im Arbeitsrecht z. B. § 1 Abs. 2 S. 4 Kündigungsschutzgesetz. Hier wird zum Schutz des sozial Schwächeren der stärkeren Partei die Beweislast auferlegt (2). Die Beweislastverteilung zu Lasten des Schädigers verstärkt den Präventivzweck einer Schadensersatznorm (3); die Beweislastsonderregeln z. B. der §§ 282, 831 Abs. 1 S. 2, 832 Abs. 1 S. 2 BGB, 7 Abs. 2 StVG nehmen insoweit am Normzweck, Schaden zu verhüten, teil (4).

b) Beweislastverändernde Eingriffe der Rechtsprechung

In Bereichen, wo es keine ausdrücklichen Beweislastregeln oder solche in Form gesetzlicher Vermutungen gibt, hat die Rechtsprechung Abweichungen von der Grundregel vollzogen, sich z. T. offen zu einer richterlichen Beweislastumkehr bekannt.

So wird die Beweislast bereits in frühen Entscheidungen des Reichsgerichts umgekehrt, wenn die zunächst nicht beweisbelastete Partei der anderen den Beweis schuldhaft unmöglich macht oder unnötig erschwert (5).

Für den Anwendungsbereich der positiven Forderungsverletzung hat die Rechtsprechung in Anlehnung an Sinn und Zweck des § 282 BGB die These entwickelt, daß die Abgrenzung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen zu erfolgen habe, der Schuldner also die Beweislast tragen müsse, wenn die Schadensursache aus dem von ihm zu beherr-

---

1) S. 63 ff
2) Der Arbeitgeber hat nach dieser Vorschrift die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen; dies kann dazu führen, daß der Arbeitgeber trotz sozial gerechtfertigter Kündigung den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen muß; vgl. Reinecke, S. 66 f
3) Umstritten ist das Gewicht, das dem Präventivzweck materiellrechtlicher Haftungsnormen zukommt; dazu Larenz SchR I, § 27 I, S. 275
4) Reinecke, S. 69 ff m. w. N.
5) z. B. RGZ 20, 5, 6; 60, 147, 151 f; 87, 434, 440; 171, 166, 172; BGH LM Nr. 15 zu § 287 ZPO; BGH NJW 72, 1520 f; zustimmend Reinecke, S. 75 m. w. N.; kritisch Rosenberg, S. 190 f, der das Vorgehen mit einer Regel der Beweiswürdigung begründen will.

schenden Gefahrenkreis herrühre (1). Auch in Fällen der culpa in contrahendo obliegt dem Schuldner der Beweis, daß er eine (nachgewiesene) Pflichtverletzung nicht verschuldet hat (2). Dabei hat im Falle der Verletzung von Aufklärungspflichten der Schuldner nachzuweisen, daß der Gläubiger sich auch bei erfolgter, ordnungsgemäßer Aufklärung so verhalten hätte, daß der ihm erwachsene Schaden dennoch eingetreten wäre (3).

Im Deliktsrecht trifft bei der sogenannten Produzentenhaftung den Hersteller für Vorgänge im Bereich der Produktion die Beweislast; auch insoweit haben Billigkeitserwägungen zu einer Modifizierung der Beweislast nach Gefahrenbereichen geführt (4).

c) Die Beweislast im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB

Im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB findet keine gesetzliche Beweislastregel Anwendung; nach der gewohnheitsrechtlichen Grundregel der Beweislastverteilung trägt derjenige, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes behauptet, die Beweislast für die Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergeben soll (5). Im Normalfall der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ist es sachgerecht, die Beweislast demjenigen aufzuerlegen, der sich auf diesen Ausnahmetatbestand vom Regelfall des gültigen Vertrages beruft.

---

1) vgl. die ausführlichen Rechtsprechungshinweise bei Staudinger-Löwisch § 282, Rdnr. 12; dem folgt ein gewichtiger Teil des Schrifttums, so Larenz, SchR I § 24 I, Esser-Schmidt, § 29 III, S. 2; Erman-Battes § 282 Rdnr. 6; Prölss, VersR 64, 901 ff; Kritisch Musielak, AcP 176 (1976), 465 ff; umstritten ist die Frage, ob sich die Gefahrenkreistheorie auch auf die Kausalität erstreckt; dazu Musielak, S. 474 ff m. w. N.; vgl. schon Raape, AcP 147 (1941), 217 ff
2) BGHZ 66, 51, 54; BGH NJW 78, 41, 42
3) BGH NJW 78, 41, 42
4) Grundlegend BGHZ 51, 91, 104 ff; dazu Weitnauer, in: Festschrift Larenz, S. 905 ff; detail. Nachweise bei Palandt-Thomas § 823 Anm. 16
5) ganz h. M. z. B. BGH NJW 74, 1821; Mayer-Maly in MK, § 138 Rdnr. 129; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1 h

Doch kann die Grundregel für sich allein schon wegen ihrer notwendigen Allgemeinheit nicht den gleichen Geltungsgrad wie die gesetzlichen Beweislastregeln des BGB beanspruchen (1). In dem Bereich, in dem eine gesetzliche Verteilung der Beweislast fehlt, kann der Richter schon bei Vorliegen vernünftiger Gründe, nach quantitativer und qualitativer Abwägung der Auswirkungen, die Beweislast umkehren (2). Dies muß erst recht im Rahmen der direktiven Befugnisse der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB gelten. Eine Beweislastumkehr ist demnach im hier zu untersuchenden Bereich gerechtfertigt, wenn Wahrscheinlichkeitssätze, Regel-Ausnahme-Gesetzmäßigkeiten und Gefahrenkreisabwägungen nicht die Angemessenheit der grundsätzlichen Beweislastverteilung im Normalfall der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB bestätigen, sondern zu gegenteiligen Ergebnissen gelangen.

Der hohe Wahrscheinlichkeitsgrad der vorgeschlagenen Vermutungswirkung ist dargestellt worden (3).

Weiterhin sind es im wesentlichen nur zwei Argumente, die von den Teilzahlungskreditinstituten, bei denen in der Praxis wegen der hohen Belastungen des Konsumenten die Frage der Sittenwidrigkeit nahezu ausschließlich auftaucht, gegen die Nichtigkeit ins Feld geführt werden: zum einen sind dies die angeblich hohen Eigenkosten durch Refinanzierung, Vermittlertätigkeit, besonderen Verwaltungsaufwand u. a., zum anderen das außergewöhnliche Risiko (4).

Ohne den sachlichen Gehalt dieser Behauptungen an dieser Stelle schon würdigen zu müssen, kann festgestellt werden, daß beide Argumente aus der "Sphäre" der Kreditgeber herrühren.

Die Kostenkalkulation wird einzig und allein vom Kreditgeber getroffen; nur er ist in der Lage, diese Faktoren offenzulegen. Ebenso hat er die angeblich großzügigeren Kreditrichtlinien gegenüber Großbanken in Händen, er kann eine angeblich individuelle Risikobewertung (5) begründen, die

---

1) so ausdrücklich auch Reinecke, S. 84
2) Reinecke, a. a. O.
3) siehe oben 3. Kapitel A IV 1 a, S. 119 ff
4) dazu noch eingehend unten A V 4 b, aa, S. 143 ff
5) siehe FN 4

finanziellen Auswirkungen auf den Preis darlegen.

Die "normale" Beweislastverteilung hat dazu geführt, daß in der Literatur Berechnungsversuche angestellt werden (1), in der Rechtsprechung mit Hilfe von Gutachtern Zahlen unterstellt werden (2), während die Kreditgeber sich mit dem allgemeinen Hinweis auf das "riskante Geschäft" oder das in der Rechtsprechung "allgemein anerkannte, höhere Risiko" begnügen (3).

Es erscheint aus diesem Grunde angemessen, in Anlehnung an die Gefahren- und Verantwortungskreistheorie, die Rechtsprechung und Lehre im Schadensersatzrecht entwickelt haben, der "Beweisnot" des Konsumenten durch eine Modifizierung der Beweislast entgegenzutreten (4).

Unter sozialstaatlichen Aspekten, dem Schutz des Schwächeren, die der BGH ja gerade durch die neuen Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten stärken will, wird durch die Vermutungswirkung die niemals auszuschließende Gefahr von Fehlurteilen dem wirtschaftlich Stärkeren auferlegt, den hierdurch im Gegensatz zum Konsumenten keine Existenzgefährdung treffen kann (5).

Bejaht man den Präventivcharakter, der von der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB ausgeht (6), wird auch dieser durch die Vermutungswirkung zu Lasten des Übervorteilenden gestärkt.

Die vorgeschlagene Vermutungswirkung paßt sich insgesamt in den "ordre public" ein. Im übrigen hat der BGH im Rahmen der Beurteilung eines sogenannten Geliebtentestamentes nach § 138 Abs. 1 BGB aus der Tatsache des Vermächtnisses zugunsten der Geliebten die

---

1) z.B. Lammel, BB Beil. 8/80, 12 ff
2) charakteristisch OLG Stuttgart NJW 79, 2409, 2411, mit dem Hinweis, es gebe keine vergleichbaren Zahlen.
3) hier ist vor allem auf die Literatur in der TW, jetzt umbenannt in FLF, dem Interessenorgan der Teilzahlungsbanken, zu verweisen, z.B. Winter, TW 2/79, 40 ff
4) so im Ergebnis bereits Reich, NJW 77, 636, 637 in seinen Anm. zu OLG München, NJW 77, 152
5) vgl. den oben, 3. Kapitel A IV 2 a, dargestellten Gedanken hinter § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG, S. 124
6) Mayer-Maly in MK § 138, Rdnr. 130 ff; dazu siehe noch unten C

Sittenwidrigkeit abgeleitet; der Vermächtnisnehmerin sollte es obliegen, besondere, die Sittenwidrigkeit ausschließende Umstände nachzuweisen (1). Beweislastmodifizierende Eingriffe sind bei der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB demnach nicht unbekannt.

d) Der Beweis des ersten Anscheins

Erwogen werden muß noch, ob nicht eine Beweislastumkehr, sondern nur die Anwendung der Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins (2) geboten ist.
Der Beweis des ersten Anscheins wird von der Rechtsprechung im wesentlichen im Rahmen der Rekonstruktion eines Geschehensablaufs (meist eines Unfallhergangs) angewandt, und zwar zur Festlegung des haftungsbegründenden Umstandes (in aller Regel eines fahrlässigen Verhaltens) und weiter zur Feststellung des Kausalzusammenhanges zwischen einem solchen bereits feststehenden Umstand und der eingetretenen Verletzung (3). Infrage kommen nur sogenannte "typische Geschehensabläufe". Das sind - um eine der zahlreichen Definitionen herauszugreifen - solche "Tatbestände, die nach der Regel des Lebens auf eine bestimmte Ursache hinweisen und (oder) in bestimmter Richtung zu verlaufen pflegen" (4). Ein sachlicher Gehalt kommt dem Begriff "typischer Geschehensablauf" nicht zu, wie die Untersuchung von Kollhosser (5) ergeben hat.

Dem Anschein nach ist ein teilweise unaufgeklärter Geschehensablauf typisch, wenn er die Tatbestandsmerkmale eines Erfahrungssatzes aufweist, ohne das Gegengründe erkennbar sind, die die Richtigkeit

---

1) BGHZ 20, 75; Erman-Westermann leitet daraus ohne Begründung ab, daß die Regeln des Beweises des ersten Anscheins gelten, § 138 Rdnr. 25
2) Entwicklung und Anwendungsbereich in der Rechtsprechung werden von Kollhosser, Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, S. 32 ff, 55 ff, dargestellt.
3) Kollhosser, S. 55
4) RGZ 159, 290; detailliert zu weiteren Definitionen Kollhosser, S. 55 m.w.N., siehe auch ders. AcP 165 (1965), 48
5) Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbes. S. 87 ff

der Schlußfolgerung dieses Satzes für den konkreten Fall infrage stellen (1).

Nach der Rechtsprechung des BGH bewirkt der Anscheinsbeweis keine Veränderung der Beweislast und ändert nichts an ihrer grundsätzlichen Verteilung. Es handelt sich um einen Vorgang der Beweiswürdigung. Dennoch kann die modifizierende Wirkung auf die Beweislastverteilung nicht verkannt werden. Die dem Kläger grundsätzlich allein obliegende Beweislast wird aufgespalten. Er braucht nur die "Tatbestandsmerkmale" des Erfahrungssatzes nachzuweisen; die Beweislast für die Existenz "atypischer" Umstände trägt der Beklagte. (2).

Der Beweis ist geglückt, wenn der Gegenbeweisführer Tatsachen nicht nur behauptet, sondern voll nachgewiesen hat, die die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen (also eines anderen als des erfahrungsgemäß zunächst angenommenen) Geschehensablaufs ergeben (3).

Versteht man die Grundsätze des Anscheinsbeweis als Beweiswürdigungsregeln, als eine Sammelbezeichnung für eine Reihe zu festen Regeln erstarrter Erfahrungssätze, die eine besondere Form der Widerlegung erfordern (4), deren Wirkung letztlich darin liegt, daß demjenigen die Last des non liquet zufällt, gegen dessen Behauptung die größere Wahrscheinlichkeit spricht, ist der Weg für eine sachliche Abwägung der Vor- und Nachteile von Anscheinsbeweis einerseits und Beweislastumkehr andererseits offen (5).

e) Die Beweislastumkehr als Konsequenz aus der Vermutungswirkung

Die Beweislastumkehr verlangt von dem Beweisbelasteten den vollen Beweis des Gegenteils i. S. d. § 292 ZPO.

---

1) Kollhosser, AcP 165, 53
2) Kollhosser, a. a. O., S. 71 f; dahingehend auch Reinecke, S. 91
3) Kollhosser, a. a. O., S. 48 m. w. N.
4) so auch Kollhosser, a. a. O., S. 74
5) dahingehend auch Reinecke, a. a. O., S. 88 m. w. N.

Für die von der massiven Äquivalenzstörung ausgehende Vermutungswirkung ist letztere Rechtsfolge allein angemessen. Dieser Vermutung liegt nicht nur ein hoher Wahrscheinlichkeitsgehalt zugrunde, darüber hinaus liegen wesentliche Beurteilungskriterien im Verantwortungsbereich des Kreditgebers. Es geht weniger um die Nichtaufklärbarkeit von Ursachen, vielmehr sind durch Anscheinsbeweisregeln billige Ergebnisse nicht gewährleistet. Dem Kreditgeber würde die Möglichkeit eröffnet, die Vermutungswirkung zu erschüttern, ohne die ihm mögliche und zumutbare vollständige Aufklärung zu geben, die eine sachgerechte Entscheidung sicherstellt. Insbesonders in bedenklichen Fällen wäre es für den Kreditgeber naheliegend, gerade so viele Tatsachen offenzulegen, bis der Kreditnehmer wieder beweispflichtig wird, um so eine ihm günstige Entscheidung durch Verschleierung von Fakten zu bewirken. Der in dieser Untersuchung geforderten größtmöglichen Rechtssicherheit wäre kein guter Dienst erwiesen. Auch die positiven Auswirkungen der Schutzwirkung des sozial Schwächeren und der präventiven Funktionen der Generalklausel wären entscheidend geschwächt (1).

3. Zusammenfassung

Die Bestimmung einer Richtlinie zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten ist wünschenswert und rechtlich möglich. Dabei ist erforderlich und ausreichend, das "auffällige Mißverhältnis" zwischen Leistung und Gegenleistung einer Quantifizierung zuzuführen, wobei die Wertbestimmung als widerlegliche Vermutung im Sinne einer Beweislastumkehr zu Lasten des Kreditgebers zu qualifizieren ist.

---

1) Im übrigen hat es der BGH auch abgelehnt, subjektive Kriterien wie "grobe Fahrlässigkeit" oder "arglistige" Täuschung als typischen Geschehensablauf und damit dem Beweis des ersten Anscheins zugänglich zu qualifizieren, so BGH NJW 68, 2139; Konsequenterweise könnte das Gericht bei dem von ihm geforderten subjektiven Element der Sittenwidrigkeit - verwerfliche Gesinnung - den Anscheinsbeweis nicht heranziehen. Dies gilt für die Beweislastumkehr nicht.

V. Die gegenüberstehenden Leistungen und ihre Bemessung

Der Versuch einer Quantifizierung des "auffälligen Mißverhältnisses" bedingt zunächst die Feststellung, welche Leistungen von Kreditnehmer und Kreditgeber gegenüberzustellen sind. Die oben dargestellte Einordnung des BGH (1) ist kritisch zu würdigen. Darüber hinaus ist ein Vergleichsmaßstab zu bestimmen.

1. Die Leistungen des Darlehensnehmers

a) Die Kreditgebühren

Daß die Kreditgebühren als Vergütung des Darlehensnehmers für die Möglichkeit des Gebrauchs des Kapitals an erster Stelle im Leistungsumfang zu berücksichtigen sind, ist in Rechtsprechung (2) und Literatur (3) heute ganz herrschende Meinung.

Es handelt sich um Zinsen im Rechtssinne (4), deren maßgebliches Kriterium die Laufzeitabhängigkeit ist. Dabei ist ohne Belang, daß in der Kreditkostenpauschale Vergütungen für laufzeitunabhängige Leistungen oder Kosten, z. B. für den Verwaltungsaufwand, enthalten sind. Hier ist es Sache des Kreditgebers, durch gesonderte Ausweisung zu erkennen zu geben, daß er laufzeitunabhängige Leistungen nicht als durch den Zins abgegolten sieht, sondern gesondert vergütet haben will (5).

---

1) siehe oben 2. Kapitel A III
2) siehe oben 2. Kapitel A III 1 a
3) Belke, BB 68, 1219, 1224; Freund und Reich NJW 77, 636;
Reich, JZ 80, 329, 333;
Scholz, BB 74, 1605;
Kessler, BB 79, 1223, 1224;
Canaris, NJW 78, 1891, 1893;
Hadding, Konsumentenkredit, S. 222
4) grundlegend Canaris NJW 78, 1891 ff; zustimmend Reich und Hadding, a. a. O.; siehe bereits Scholz und Kessler, a. a. O.
5) Canaris NJW 78, 1893; a. A. Scholten NJW 68, 385 f, der u. a. geltend macht, durch die Einbeziehung der Kreditgebühren in den Gesamtkredit seien diese als Hauptforderung, mithin nicht als Zinsen, zu qualifizieren. Scholten verkennt, daß trotz der Einbeziehung deren Höhe durch die Laufzeit bestimmt ist; im übrigen definiert er einen klassischen Fall der Verschleierung einer Zinsvereinbarung, so daß schon aus diesem Grund die Vorschriften über Zinsvereinbarungen Anwendung finden müßten; vgl. Canaris, a. a. O. m. w. N.

b) Die Bearbeitungsgebühren und sonstigen Nebenkosten

Nach der Definition von Canaris (1), der sich der BGH (2) angeschlossen hat, sind Bearbeitungs- und Abrechnungsgebühren mangels Laufzeitabhängigkeit nicht Zinsen im Rechtssinne, sondern Provisionen (3). Von Untergerichten (4) und in der Literatur (5) ist demgegenüber argumentiert worden, daß diese Gebühren "als Teil des Entgelts der Kapitalüberlassung im Ergebnis zu den Kreditgebühren und damit zu den Zinsen zu rechnen sind" (6).

Gesteht man, wie der BGH (7) dies tut, zu, daß die Gesamtbelastung ohne Berücksichtigung der Nebenkosten nicht ermittelt werden kann, bedarf die Frage des Zinscharakters keiner Entscheidung (8). Auch Canaris (9) schlägt vor, den Kreditvertrag samt Provision mit Verträgen ähnlicher Zusammensetzung zu vergleichen.

Der Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB, aus dem der Begriff des "auffälligen Mißverhältnisses" stammt, spricht vom Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Der Kreditnehmer vergütet sowohl die Kapitalüberlassung zum Gebrauch als auch die Kapitalbeschaffung, den Verwaltungsaufwand; die rechtliche Qualifizierung der Kosten als Zinsen ist für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB nicht gefordert. Damit wird die in der Praxis mit großen Schwierigkeiten der Aufklärung verbundene Frage, ob und in welchem Umfang eine Provisionsabrede nicht in Wahrheit eine verschleierte Zinsabrede darstellt (10),

---

1) NJW 78, 1892: Zins ist die "gewinn- und umsatzunabhängige, laufzeitabhängige, in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu entrichtende Vergütung für die Möglichkeit des Gebrauchs eines Kapitals"
2) siehe oben 2. Kapitel A III 1 b, S. 53
3) so auch Hadding, S. 222; Palandt-Putzo § 609, Anm. 1
4) z. B. KG WM 75, 128, 129; OLG Düsseldorf WM 76, 1151, 1152
5) Belke BB 68, 1222; Scholz a. a. O.; Bachmann, NJW 78, 865, 867
6) so z. B. Scholz, a. a. O.
7) siehe oben 2. Kapitel A III 1 b, S. 53
8) so bereits Freund NJW 77, 636
9) NJW 78, 1895; Canaris will allerdings zunächst für die Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB einen Effektivzinssatz ohne laufzeitenabhängige Leistungen errechnen; da er im Ergebnis dann alle Leistungen gegeneinander stellt, ist das Vorgehen überflüssig; wie hier auch Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 392, der jedoch die PrAngV verfehlt auslegt; siehe noch Lammel BB Beil. 8/80, 7
10) dazu Canaris NJW 78, 1893

bei Prüfung des Leistungsverhältnisses nicht relevant.

c) Die Restschuldversicherungskosten

Um die Einbeziehung der Restschuldversicherung in das Leistungsverhältnis bestanden und bestehen vor und nach der Entscheidung des BGH (1), diese zur Hälfte in die Gesamtbelastung des Kreditnehmers einzubeziehen, in der Rechtsprechung der Untergerichte (2) und in der Lehre (3) kontroverse Standpunkte.

Dabei wird in der Regel zwischen der Beurteilung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB und der Berücksichtigung dieser Kosten bei Errechnung der Effektivverzinsung gemäß der Preisangabenverordnung nicht differenziert (4). Canaris (5) weist zutreffend darauf hin, daß es bei Anwendung der Preisangabenverordnung um ein gesondert zu betrachtendes Schutzproblem geht; darüber hinaus kann von einer rechtlichen Abhängigkeit der Rechtsfragen keine Rede sein.

Durch § 1 Abs. 1 PrAngV soll den Kreditnehmer die Wahl zwischen verschiedenen Kreditangeboten erleichtert werden; die Vorschrift geht von einem umfassenden Kostenvergleich aus und kommt von der Zwecksetzung her der Gesamtwürdigung der Leistungen im Rahmen

---

1) siehe oben 2. Kapitel A III 1 c, S. 56
2) siehe oben 2. Kapitel B II, IV. V, S. 91 ff, 97 ff
3) dafür: Freund und Reich, NJW 77, 636; Reich, JZ 80, 329, 333 - Reich spricht von "Einheitstheorie" und "Trennungstheorie", eine solche Benennung wird nicht allgemein verwendet, ebenso allerdings Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 390 ff; für eine Einbeziehung auch Lammel, BB Beil. 8/80, 7, und Hadding, S. 222; Canaris NJW 78, 1891, 1895; dagegen z. B.: Scholz BB 74, 1605, 1505; ders., BB 77, 1425 FN 3 m. w. N.; ders. WM 79, 1247, 1249; Kessler, BB 79, 1223, 1225; Schulz TW 2/79, 38; differenzierend Bachmann, NJW 78, 865, 866; Winter TW 2/79, 40, 42; Hacke BB 77, 1412, 1414
4) z. B. Scholz BB 74, 1605; Schulz/Lau ZfgK 80, 820 ff; Bachmann, NJW 78, 866, 868, der ausdrücklich die Gleichstellung fordert; siehe noch Weber NJW 80, 2062 ff
5) NJW 78, 1895; vgl. auch Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 390 ff

der Beurteilung des § 138 Abs. 1 BGB nahe.

Andererseits hat das Bundeswirtschaftsministerium (1) Hinweise zur Anwendung der Vorschrift herausgegeben, in denen ausdrücklich erklärt wird, daß die Kosten einer Restschuldversicherung nicht in die Effektivverzinsung aufzunehmen seien. Ebenso heißt es in einer Verlautbarung des Bund-Länder-Ausschusses "Preisauszeichnung" vom 25. Oktober 1979 zur Berechnung des Effektivzinssatzes für die Preisangabenverordnung, daß Lebensversicherungen, auch Restschuldversicherungen, ausgeklammert sind (2).

Es kann den Vermittlern sowie den Banken kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie bei Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift wie der Preisangabenverordnung Anwendungsmaßregeln von ministerieller Ebene Folge leisten (3). Damit ist jedoch keine Präjudizierung in der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB verbunden.

Die Restschuldversicherung wird im "Leistungsfeld" des Kreditvertrages abgeschlossen. Wie Beispiele aus der neueren BGH-Rechtsprechung gezeigt haben (4), kann die Gesamtbelastung des Kreditnehmers durch die Versicherung beträchtlich erhöht werden. Ebenso wenig wie § 138 Abs. 2 BGB vom Zinscharakter einer Leistung spricht, verlangt die Vorschrift bei der Forderung nach einem "auffälligen Mißverhältnis", daß ein einziger, einheitlicher Vertrag vorliegt. Dies gilt ganz unabhängig von der Frage, ob und inwieweit der Versicherung ein eigenständiger Wert für den Kreditnehmer zugrunde liegt (5), der die Bewertung des Mißverhältnisses zugunsten der Kreditgeberseite beeinflußt (6).

Das Ergebnis wird erhärtet durch die durch das 1. Wirtschaftsstrafgesetz in § 302a StGB eingefügte Additionsklausel. In der Vorschrift

---

1) Tagesnachrichten vom 18. 8. 73, Nr. 6784, S. 4
2) zitiert nach Scholz,
WM 80, 322, 323 mit näheren Einzelheiten
3) dahingehend auch Freund NJW 77, 636; auch der BGH hat nur die Nichtangabe des eff. Jahreszinses als "sonstigen Umstand" benannt, zu Fragen der Einrechnung der Versicherungskosten jedoch nicht Stellung bezogen, siehe oben 2. Kapitel A IV 3
4) siehe oben 2. Kapitel A III 3 c, cc
5) so das wesentliche Argument der Gegner einer Einbeziehung, z. B. Scholz BB 74, 1605
6) so wohl auch Winter TW 2/79, 42

heißt es, daß bei Zusammenwirken mehrerer Personen als Leistende, Vermittler oder in sonstiger Weise sich das "auffällige Mißverhältnis" aus sämtlichen Vermögensvorteilen und sämtlichen Gegenleistungen ergibt (1). Ausdrücklich einbezogen sind dabei Zinsen, Vermittlungsprovisionen, Bearbeitungs- und Auskunftsgebühren, Versicherungsbeiträge und ähnliche Nebenkosten (2). Canaris (3) hat im übrigen klargestellt, daß ein "Zusammenwirken" im Sinne der Additionsklausel bereits zu bejahen ist, wenn sich mehrere Beteiligte nicht um die Konditionen der übrigen Mitwirkenden kümmern.

Die Übertragung der strafrechtlich geltenden Grundsätze in den Bereich des Zivilrechts wollte der Regierungsentwurf durch Einfügung der Additionsklausel in § 138 Abs. 2 BGB sicherstellen (4). Daß dies letztlich unterblieb,lag daran, daß die Grundsätze des § 302a StGB auf das Zivilrecht zurückwirken (5) und davon ausgegangen wurde, "daß die Gerichte bei der Rechtsprechung des § 138 Abs. 2 BGB ohnehin den gesamten Sinngehalt des § 302a StGB berücksichtigen werden" (6).

Soweit im Ergebnis Divergenzen zwischen dem auszuweisenden Effektivzins (7) und der für § 138 Abs. 1 BGB wesentlichen Gesamtbelastung offenbar werden, ist, gerade von der Zwecksetzung der Preisangabenverordnung her, der Verordnungsgeber, sei es nur durch "Anwendungshinweise", zu einem klärenden Wort im Sinne einer extensiven Auslegung der Preisangabenverordnung berufen (8).

---

1) dazu detailliert Sturm JZ 77, 84, 87
2) RegE BT-Dr. 7/3441, S. 21, 40; Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Dr. 7/5291, S. 20
3) NJW 78, 1895
4) RegE BT-Dr. 7/3441, S. 8, 45; vgl. Freund NJW 77, 636
5) so jetzt ausdrücklich BGH NJW 80, 1155, 1156
6) Bericht, BT-Dr. 7/5291, S. 20
7) hier wird neben den einzurechnenden Kosten auch die Berechnungsmethode - formelmäßig oder finanzmathematisch - kontrovers diskutiert; dazu ausführlich Scholz, WM 80, 322 ff

8) vgl. auch Bachmann, NJW 78, 865, und Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 390 ff

d. Die Vermittlungsprovision

Eine in wesentlichen Punkten der Behandlung der Restschuldversicherung ähnliche Problematik zeigt sich bei der Beurteilung der Vermittlungsprovision. Während der BGH (1) sich für eine Einbeziehung entschieden hat, sind sich Untergerichte (2) und Lehre (3) uneinig.

Trotz der von Gegnern einer Einbeziehung immer wieder betonten, eigenständigen Vertragsbeziehung zwischen Kreditnehmer und Makler handelt es sich um unmittelbar mit dem Kredit verbundene Verschaffungskosten. Unter Heranziehung der Additionsklausel ist auch diesbezüglich eine Berücksichtigung, wie sie der BGH vornimmt, geboten. Damit ist die Frage der Bewertung im Leistungsverhältnis noch nicht beantwortet (4).

Divergenzen mit der Berechnung des effektiven Jahreszinses nach der Preisangabenverordnung treten nicht auf, da die Vorschrift die Einrechnung der Vermittlerkosten ausdrücklich festlegt.

Auf Seiten des Darlehensnehmers sind im Ergebnis Kreditgebühren und Nebenkosten, unabhängig von ihrer Qualifizierung als Zinsen, insbesonders auch Vermittlerprovisionen und Restschuldversicherungsprämien, bei der Beurteilung des Leistungsverhältnisses zu berücksichtigen.

---

1) siehe oben 2. Kapitel A III 1 d, S. 56 ff
2) siehe oben B III, IV, V, S. 95 ff
3) dafür z.B.: Belke NJW 68, 1219, 1224; Ihmels BB 77, 1412, 1414; Freund und Reich NJW 77, 636, 637; Reich, JZ 80, 323, 333; Lammel BB Beil. 8/80, 10; Bachmann, NJW 78, 865; Hadding, S. 222; siehe auch Canaris, NJW 78, 1895; dagegen z.B.: Scholz, MDR 77, 887, 892; ders. BB 74, 1605; Kessler BB 79, 1223, 1224; Zwanzig BB 80, 1282, 1286; differenzierend: Weber, NJW 80, 2062, 2064
4) dazu unten A V 4 b, cc, S. 155

2. Die Leistungen des Darlehensgebers und weiterer Beteiligter

Sind alle Leistungen des Darlehensnehmers im Umfeld der Kreditaufnahme zu werten, folgt daraus konsequenterweise, daß alle Gegenleistungen, seien es Kapitalbeschaffung und Gewährung zum Gebrauch, sei es ein gebotener Versicherungsschutz, gegenüberstehen (1).

Erst in Zusammenhang mit der Festlegung des Vergleichsmaßstabes soll überprüft werden, inwieweit etwaige zusätzliche Gegenleistungen auf das Leistungsverhältnis einwirken (2).

3. Die zahlenmäßige Bestimmung des Leistungsverhältnisses

Der erste Schritt, das Mißverhältnis meßbar zu machen, ist die rechnerische Darstellung des Verhältnisses der Leistungen. Dabei bietet es sich an, wie auch vom BGH (3) schon gehandhabt, die gesamte Kostenbelastung des Kreditnehmers, bezogen auf den tatsächlich ausbezahlten Kredit, in Prozent per annum auszuweisen.

Gegen eine solche Umrechnung bestehen - soweit ersichtlich - in der Literatur grundsätzlich keine Bedenken; hier ist im Gegenteil die Ausarbeitung von Annäherungsformeln vollzogen worden (4), wozu gerade zwecks Errechnung des effektiven Jahreszinses nach der Preisangabenverordnung ein Bedürfnis bestand.
Die vor allem aus dem Lager der Interessenvertreter der Teilzahlungsbanken geübte Kritik an der Einbeziehung der Versicherungsprämie und Vermittlerkosten (5) erlangt bei diesem Verfahren Bedeutung; selbst in Niedrigzinsphasen errechnen sich bei Einschaltung von Maklern und zusätzlich abgeschlossenen Restschuldversicherungen nicht selten Gesamtbelastungen weit über der 30 %-Marke (6).

---

1) so auch der BGH, siehe oben 2. Kap. A III 2; Canaris NJW 78, 1895; Freund und Reich NJW 77, 636; Winter TW 2/79, 40,44; Hadding, Konsumentenkredit, S. 223; für diejenigen, die von einer Nichteinbeziehung der Vermittlungsprovision und der Versicherungsprämie ausgehen, stellt sich die Frage der Gegenüberstellung nicht mehr.
2) siehe unten A V 4, insbes. b, dd, ee, S. 155 ff
3) siehe oben 2. Kap. A III a 3 c, S. 59 ff
4) vgl. die Nachweise oben 2. Kap. A III 3 c, bb, S. 60
5) siehe oben 3. Kap. A V 1 c, d, S. 133 ff
6) siehe hierzu z. B. die in den BGH-Entscheidungen errechneten Belastungen, oben 2. Kap. A III 3 f, S. 66 ff

Angesichts der zum Teil wenig übersichtlichen Praxis der Untergerichte, Verträge mit Belastungen dieser Größenordnung pauschal für sittenwidrig zu erklären (1), bestand und besteht die Gefahr, daß für die Rechtswirksamkeit vieler geschlossener Verträge keine Voraussage mehr getroffen werden kann.

Die Kritik ist berechtigt, wenn den Nebenkosten durch Vermittlung und Versicherung Leistungen von Wert für den Darlehensnehmer gegenüberstehen, die keine Berücksichtigung bei der Beurteilung des Leistungsverhältnisses finden.

Unabhängig von der Richtigkeit dieser Hinweise aus der Literatur kann die Bewertung noch nicht im Rahmen der zahlenmäßigen Bestimmung des Leistungsverhältnisses geschehen. Hier geht es zunächst nur um die Fixierung eines Rechnungspostens, der dann einem verkehrsüblichen Äquivalent, einem gleichwertigen Vertrag, gegenübergestellt wird. Erhöhen die Nebenleistungen den Gegenwert, muß dies bei dem marktüblichen Vertrag entsprechend einkalkuliert werden. Denn auch etwaige, eigenständige Gegenleistungen bedürfen des Vergleiches am Markt, eine isolierte "Bereinigung des Zinssatzes", eine Reduzierung des Rechnungspostens, wie das OLG Hamm in einer unveröffentlichten Entscheidung vorgeschlagen hat (2), wird diesem Umstand nicht gerecht.

Durchgeführt werden kann die Berechnung mit Hilfe der vom BGH (3) erwähnten Annäherungsformeln. Scholz (4) hat festgestellt, daß nach der Uniformmethode (5) errechnete Belastungen von finanzmathematisch exakt bestimmten Jahreszinsen nur geringfügig abweichen. Bei einer Laufzeit von 47 Monaten und Kreditgebühren von 0,8 - 1 % p. M. beträgt der Ungenauigkeitsfaktor 0,5 - 0,7 % p. a., erst bei Laufzeiten

---

1) siehe oben 2. Kapitel B I, S. 91 ff
2) Urteil vom 30. 12. 77, zitiert nach Hannes TW 2/79, 54; siehe auch oben 2. Kapitel B I, S. 91 ff
3) siehe oben 2. Kapitel, A III 3 c, bb, S. 59 ff
4) WM 80, 322, 326, FN 34
5) Scholz, a. a. O., S. 322, versteht darunter die Formel

$$\frac{\text{Kreditgebührensatz} \times \text{Laufzeit in Monaten} \times 24}{\text{Laufzeit in Monaten} + 1} \quad \text{plus}$$

$$\frac{\text{Bearbeitungsgebührensatz} \times 24}{\text{Laufzeit in Monaten} + 1}$$

über 84 Monaten treten Differenzen in der Größenordnung über 1,5 % p.a. auf. Die Unterschiede bestehen bei formelhafter Errechnung jeweils zu Lasten des Kreditgebers, der finanzmathematisch korrekte Wert liegt also um ein Geringes niedriger.

Für eine in der Praxis durchführbare Handhabung ist eine formelhafte Berechnung der Belastung unumgänglich. Mit dem BGH ist davon auszugehen, daß die Anwendung zulässig ist, wenn auch die Berechnung des Äquivalentes nach ein und derselben Formel geschieht (1). Da auch der letztlich gesuchte Richtwert für die Sittenwidrigkeit in gewissen Grenzen eine "gegriffene Größe" sein muß, wäre es verfehlt, im Vorfeld der Bestimmung mathematische Exaktheit für Prozentpunkte hinter dem Komma zu suchen. Dennoch sollte bei Festlegung des Richtwertes die dem Kreditgeber ungünstige Methode Beachtung finden.

4. Der Vergleichsmaßstab

a) Die Benennung einer festen Zinsgrenze

Im Sinne der älteren Rechgsprechung (2) könnte eine feste Belastungshöchstgrenze, ausgewiesen in Prozent p.a. entwickelt werden, mit deren Überschreiten die Vermutung der Sittenwidrigkeit ausgesprochen wäre. Auch dieser Art der Bemessung in der Rechtsprechung liegt zumindest implizit ein Marktvergleich zugrunde.

Dem OLG Stuttgart (3) ist jedoch beizupflichten, daß ein fester Zinssatz als "zweifelsfreier Maßstab für das Mißverhältnis" beim Massengeschäft Teilzahlungskredit sich nicht eignet, "weil auch der Vergleichszins ... ständigen und teilweise sehr erheblichen Schwankungen unterliegt" (4). Dementsprechend ist auch der BGH (5) dazu übergegangen, dem zu prüfenden Kreditvertrag einen Kredit mit üblichen Konditionen aus dem maßgeblichen Markt gegenüberzustellen. Der Richtwert stellt

---

1) siehe oben 2. Kapitel, A III 3 c, bb, S. 60 f
2) siehe oben 2. Kapitel, A III 3 d, aa, S. 62
3) siehe oben 2. Kapitel, B V, S. 99 ff
4) zustimmend Bachmann,
NJW 79, 2082; Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 397
5) siehe oben 2. Kapitel, A III 3 d, bb, S. 63

sich damit als zahlenmäßige Festlegung des Verhältnisses der Kredite zueinander dar.

Auf diese Art und Weise kann ein unterschiedliches Zinsniveau bei Abschluß des jeweiligen Vertrages nicht zu unterschiedlichen Grenzwerten führen. Legt man beispielsweise eine Höchstgrenze von 40 % p. a. zugrunde, führt dies dazu, daß bei allgemein niedrigen Zinsen, z. B. Vergleichskredit 10 % p. a., das Vierfache der marktüblichen Konditionen die Sittenwidrigkeitsvermutung auslöst, während bei höherem allgemeinem Niveau, z. B. 20 % p. a., schon das Doppelte des marktüblichen Satzes diese Konsequenz hat.

Dennoch sollen positive Aspekte der älteren BGH-Rechtsprechung, insbesonders die ausdrückliche Erwähnung einer Zinshöchstgrenze von 40 % p. a. auch bei hohen Risiken (1), nicht unerwähnt bleiben. Untergerichte und Praxis haben diesen Wert zur Kenntnis genommen und beachtet. Damit war, insbesonders für Phasen mit relativ niedrigem Zinsniveau, ein ausreichendes Instrumentarium nicht geschaffen. Doch hat sich die Furcht vor der Nichtigkeitsfolge als wirksames Mittel herausgestellt, extreme Ausuferungen zu vermeiden.

In keiner der benannten neueren BGH-Entscheidungen ist diese Grenze überschritten worden, mit Recht hat der BGH weder ausdrücklich noch sachlich diese Entscheidung aus dem Jahre 1971 revidiert.

Ergänzend sei ein bereits aus der Statistik der Deutschen Bundesbank ablesbares Faktum genannt, das die These von der Bedeutung der BGH-Entscheidung (2) stützt. In Niedrigzinsphasen, z. B. im Juli 1978, läßt sich aus der Statistik, die ja extrem teure Kredite nicht berücksichtigt (3), eine Streubreite der Kredite von 0,28 % p. M. - 0,60 % p. M. ablesen, in Phasen mit höheren Zinsen, z. B. im Juli 1980, schrumpft die Streubreite auf Werte zwischen 0,55 % p. M. - 0,72 % p. M. zusammen (4). Während bei niedrigem Zinsniveau in der Statistik

---

1) siehe oben 2. Kapitel, A III 3 d, aa, S. 62
2) und weiterer, z. T. noch engere Grenzen ziehender Entscheidungen von Untergerichten, siehe oben 2. Kapitel, B I, S. 91 ff
3) siehe oben 2. Kapitel, A III 3 d, cc, S. 63 f
4) Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, 32. Jahrg., Nr. 10, Oktober 80, S. 48

Differenzen über 100 % bestehen, sinken diese bei höherem Niveau auf Werte um 30 %. Mit steigendem Allgemeinniveau besteht eine Tendenz am Markt zur Angleichung. Der Markt beachtet die Zinsobergrenze von 40 % p. a., selbst einzelne Überschreitungen sind selten. Dafür mögen mehr noch als die BGH-Rechtsprechung die mangelnde Durchsetzbarkeit extremer Zinsen selbst bei unerfahrenen Kunden und sonstige Ursachen ausschlaggebend sein; im Ergebnis ist das nicht wesentlich. Trotz dogmatischer Inkonsequenz hat die 40 %-Grenze keine negativen, sondern begrüßenswerte Auswirkungen gezeigt. Dies wird noch zu beachten sein.

b) Die Bestimmung des verkehrsüblichen Äquivalents

Soll der Richtwert, der die Vermutungswirkung der Sittenwidrigkeit auslöst, aus dem Verhältnis zwischen konkretem Kredit und dem verkehrsüblichen Äquivalent (1) gewonnen werden, muß zum einen der maßgebliche Markt definiert werden, zum anderen eine praktikable Methode zur Feststellung des "Marktpreises" entwickelt werden.

aa) Der maßgebliche Markt

Der BGH (2) und ihm folgend, ein Teil der Untergerichte (3) haben unmißverständlich ausgeführt, daß der gesamte Markt für Ratenkredite in vergleichbarer Höhe und mit vergleichbarer Laufzeit maßgeblich ist; ein eigener Markt für Teilzahlungskreditinstitute, in Abgrenzung zu den Konditionen der Sparkassen und Großbanken, wird nicht anerkannt.

In der Literatur hat diese Einordnung ein unterschiedliches Echo gefunden (4).

---

1) so bereits die Bezeichnung des RG, JW 09, 215
2) siehe oben 2. Kapitel, A III 3 d, bb, S. 63
3) siehe oben 2. Kapitel, B IV, V, S. 97 ff
4) ablehnend z. B. Kochendörfer NJW 80, 215; Zwanzig, BB 80, 1282 ff; Scholz WM 79, 1247, 1248; Kessler, BB 79, 1423 ff; Winter TW 2/79, 41 f; Weber NJW 80, 2062 f; zustimmend z. B. Bachmann, NJW 79, 2082; Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 393 ff; Lammel BB Beil. 8/80, 12; dahingehend auch Reich, JZ 80, 329, 334

(1) Die grundsätzlichen Bedenken aus der Literatur

Bereits gegen die Möglichkeit des Vergleiches mit einem "üblichen" Marktzins wendet sich Winter (1), zwischen "üblich" und "angemessen" könne ein erheblicher Unterschied bestehen; wegen der verschiedenen Leistungen der Teilzahlungsbanken einerseits und der sonstigen Kreditinstitute andererseits sei ein "üblicher Zinssatz" nicht feststellbar. Ebenso wie der BGH zu § 653 Abs. 2 BGB entschieden habe, daß bei mangelnder Feststellbarkeit einer üblichen Provision die angemessene geschuldet werde, könne bei Beurteilung des "auffälligen Mißverhältnisses" als Vergleichskriterium nur die "Angemessenheit" beachtlich sein. Zwanzig (2) hält darüber hinaus die Gerichte für überfordert, den "richtigen oder angemessenen Preis" festzusetzen.

Es sind mehrere Kritikpunkte, die sich aus diesen Äußerungen herauslesen lassen. Soweit das Auffinden eines iustum pretium in Zweifel gestellt wird, ist dem bereits an anderer Stelle zugestimmt worden (3). Der Marktpreis ist schon wegen der Verschiedenheit der Marktstrukturen mit dem gerechten Preis nicht gleichzusetzen. Doch das verkehrsübliche Äquivalent fragt auch gar nicht nach dem gerechten, sondern nach dem gemeinen Preis. Insoweit kann auf die Regelungen der laesio enormis verwiesen werden, die als historische Vorläufer den Vergleichsmaßstab auf diese Weise definiert haben. Zwar ist von diesen Regeln die starre "Verkürzung über die Hälfte" nicht ins BGB übernommen worden, der Begriff des Mißverhältnisses und damit auch der Maßstab bleiben vergleichbar. So definiert Klang (4) den gemeinen Wert i.S.v. § 934 des Österreichischen ABG als den Marktpreis; auf den Ertrags-, Gestehungs- und Kostenwert könne nur abgestellt werden, wenn sich ein Markt nicht gebildet habe. In Übereinstimmung mit Regelungsgedanken der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2 BGB werden also Kostenfaktoren erst dann relevant, wenn ein verkehrübliches Äquivalent nicht existiert (5). Wenn Winter (6) dahingehend argumentiert, daß in jedem Einzelfall nur eine individuelle Würdigung möglich

---

1) TW 2/79, 41,42
2) BB 80, 1287
3) siehe oben Kap. 3., A I 1a
4) in Klang-Gschnitzer, § 934 Anm. 2Aa
5) so auch für die Beurteilung des § 138 BGB Canaris, NJW 78, 1895
6) TW 2/79, 42

sei und kein Vergleichsmarkt existiere, verwechselt er Marktabgrenzung und Sittenwidrigkeitsprüfung. Bei letzterer soll eine individuelle Beurteilung möglich bleiben; damit kann das Faktum der Einordnung in einen Markt nicht geleugnet werden, was bei einem standardisierten Mengengeschäft mit einem Volumen in Milliardenhöhe nur als abwegig bezeichnet werden kann.

(2) Die Frage des Sondermarktes für Teilzahlungsbanken

Das Problem reduziert sich auf die Frage, ob für vergleichbare Ratenkredite ein einheitlicher Markt besteht,oder eine Aufteilung in zwei oder noch mehr Sondermärkte geboten ist.

(a) Das besondere Risiko

In der Literatur wird in erster Linie angeführt, daß die Anforderungen der Teilzahlungsbanken an die Kreditwürdigkeit ihrer Kunden und der zu leistenden Sicherheiten geringer sei als bei den Geschäftsbanken; entsprechend höher sei das Ausfallrisiko (1). Da Bevölkerungsschichten mit Kredit versorgt würden, die bei Großbanken abgelehnt würden, stelle sich der Markt der Teilzahlungsbanken schon aus diesem Grunde als ein besonderer mit anderer Risikostruktur dar (2).

Die besondere Bedeutung des Risikos für die Bewertung des Leistungsverhältnisses ist in höchstrichterlicher Rechtsprechung (3) stets betont worden. Doch sollen besondere und allgemeine Risiken erst bei der Gesamtwürdigung des Vertrages Relevanz erlangen können und für die Definition des maßgeblichen Marktes keine Bedeutung haben, da Teilzahlungsbanken sich zumindest auch an Kunden wendeten, die von Großbanken bedient würden (4). Im Rahmen der Gesamtwürdigung hat der BGH konstatiert, daß ein höheres Einzelfallrisiko dann keine Berücksichtigung findet, wenn die Kreditwürdigkeit nicht individuell bewertet worden ist.

---

1) Scholz, BB 77, 1425 ff;
ders., WM 79, 1247 in seinen Anm. zu BGH WM 79, 966; Kessler, BB 79, 1224 f in seinen Anm. zu OLG Stuttgart NJW 79, 2409; Winter TW 2/79, 44; Weber, NJW 80, 2063
2) so Kessler, a. a. O.
3) siehe oben 2. Kap. A III 3 e, aa, S. 65
4) siehe oben 2. Kap. A III 3 d, bb, S. 63

Einer Stellungnahme zur Risikostruktur und deren Auswirkungen auf die Definition des Marktes müssen einige grundsätzliche Überlegungen vorangehen.
Der Begriff des Kreditrisikos stellt den Zentralbegriff innerhalb der Kreditentscheidung dar (1). Er kann in die Teilrisiken des Verlustrisikos, Liquiditätsrisikos, Zinsänderungsrisikos, Besicherungsrisikos, Geldwertrisikos und Währungsrisikos zerlegt werden. Zinsänderungs-, Geldwert- und Währungsrisiken sind nicht vom einzelnen Kreditnehmer abhängig, das Besicherungsrisiko durch Eigentums- oder Pfandrechte spielt beim Personalkredit keine Rolle. Unterschiede innerhalb des Kreditgewerbes können nur bei den zum Bonitätsrisiko zählenden Verlust- und Liquiditätsrisiken bestehen. Diese betreffen die Sachverhalte, daß die vereinbarten Zinsen, Provisionen und Gebühren überhaupt nicht, zum Teil oder unpünktlich zurückbezahlt werden.

Das OLG Stuttgart hat in seiner Entscheidung vom 24. 4. 1979 (2), der ein umfassendes Gutachten durch einen Angehörigen der Landeszentralbank Baden-Württemberg zugrunde lag, ausgeführt, daß das Verlust- oder Ausfallrisiko der Teilzahlungsbanken allenfalls um ein Prozent höher liege als bei anderen Instituten (3). Nach Berechnungen von Lammel (4) ergibt sich in den Jahren 1972 bis 1978 ein durchschnittlicher Ausfall von 1 %, bezogen auf die Teilzahlungsbanken, während die entsprechende Zahl für alle Bankengruppen sich auf 0,64 % beläuft.

Es fällt auf, daß diejenigen Vertreter der Literatur, die aufgrund des Risikos für einen Sondermarkt plädieren, diesen Angaben konkretes Zahlenmaterial, das andere Ergebnisse aufzeigt, nicht entgegenzusetzen haben. Operiert wird pauschal mit dem "bekannten Risiko der Teilzahlungsbanken" (5); es wird versucht, den "sonstigen Aufwand" in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank mit dem

---

1) dazu allgemein Bulling, S. 25 ff m. w. N.

2) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff
3) Teilzahlungsbanken unter 2 %, andere Institute unter 1 %
4) BB Beil. 8/80, 14
5) z. B. Kessler BB 79, 1425 in seinen Anm. zu OLG Stuttgart NJW 79, 2409; Winter TW 2/79, 42; dahingehend ohne Begründung auch Canaris NJW 78, 1895

Risikoaufwand gleichzusetzen, was weder der Bankstatistik noch der Bankbilanz entspricht (1). Zugestanden wird, daß sich konkrete Zahlen über das Ausfallrisiko nur schwer, wenn überhaupt, nachweisen ließen. Im Einzelfall seien extrem hohe Ausfallzahlen bekannt; selbst wenn die Angaben des OLG Stuttgart zutreffend seien, sei das Ausfallrisiko der Teilzahlungsbanken immerhin noch um ein Vielfaches höher als bei Geschäftsbanken (2).

Die Heranziehung einiger Einzelfälle, zumal ohne nähere Darstellung, ist nicht verwertbar. Wenig schlagkräftig ist auch das Argument des "vielfachen Risikos". Wenn nämlich das Ausfallrisiko maximal um 1 % über dem der anderen Bankengruppen liegt, rechtfertigt dies eine Verteuerung des Kredites um gerade diese 1 % (3).

Angesichts dieser im Rahmen der Beurteilung des Mißverhältnisses kaum relevanten Differenz liegt die Vermutung nahe, daß die von Untergerichten (4) übernommene These vom "bekannten Risiko" nicht ungern zur Rechtfertigung hoher Kreditkosten perpetuiert werden möchte.

Ein weiterer Aspekt beeinflußt die Bewertung des Ausfallrisikos. Es ist überaus fraglich, ob Abweichungen in der Risikostruktur der Teilzahlungsbanken im Vergleich zu anderen Bankengruppen ihre Ursache darin haben, daß ein Kundenkreis bedient wird, dem bei anderen Instituten kein Kredit gewährt wird. Tatsache ist zunächst, worauf auch der BGH (5) hinweist, daß sich Teilzahlungsbanken zumindest auch an Konsumenten wenden, die bei jeder Bank einen Kredit erhalten würden. Definiert man den maßgeblichen Markt nach dem Kundenkreis, wäre demnach die Abgrenzung nicht zwischen Teilzahlungsbanken und sonstigen Banken zu ziehen, sondern innerhalb des Marktes der Teilzah-

---

1) so Scholz, TW 1/77, 18; ähnlich Kochendörfer, NJW 80, 216; dazu zutreffende Kritik von Lammel BB, Beil. 8/80, 14 FN 175 m.w.N.
2) Kessler, TW 1/80, 17
3) so auch Lammel BB, Beil. 8/80, 14, der darauf hinweist, daß ungeachtet der Tatsache, daß diese Zahl auf einer Identität von Höhe und Laufzeit sämtlicher Kredite beruht, ein Ausgleich durch die Vielzahl unterschiedlicher Kredithöhen bei der Bildung des Durchschnittswertes erfolge.
4) z.B. OLG Stuttgart NJW 177, 152
5) siehe oben 2. Kap. A III d, bb, S.63

lungsbanken; diese bedienten mit anderen Worten zwei Märkte, einen mit "normalen" und einen weiteren mit "besonderen" Risiken. Schon hier zeigt sich, daß eine allgemeine Sonderstellung der Teilzahlungsbanken nicht gerechtfertigt ist.

Die Entscheidung über die Vergabe eines Kredites erfolgt bei allen Banken aufgrund der Bonitätsprüfung. Bewertet werden muß die Kreditwürdigkeit, aber auch die Kreditfähigkeit. Voraussetzung sind ein gesichertes Einkommen (1) des Kreditsuchenden, Beschäftigungsnachweis und Verdienstbescheinigung, das Ausfüllen eines Darlehensantrages nebst Selbstauskunft, eine positive Auskunft der Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung - SCHUFA - bezüglich negativer Erfahrungen und sonstiger Teilzahlungsverpflichtungen, die gegebenenfalls aber umgeschuldet werden können (2). Bei höheren Krediten kann der Verwendungszweck eine Rolle spielen. Der Darlehensbetrag muß weiter in einem angemessenen Verhältnis zum Einkommen des Kreditsuchenden stehen; nach den monatlichen Bezügen wird die Höhe der Raten berechnet (3).

Die Einordnung in "gute" und "schlechte" Risiken (4) erfolgt durch den Kreditsachbearbeiter, der die eingehenden Informationen aufbereitet.

---

1) Die von Vermittlern angebotenen "Hausfrauenkredite" machen davon keine Ausnahme. Entweder wird die ausdrückliche Mithaftung des berufstätigen Ehepartners gefordert, oder es wird versucht, beispielsweise durch Angabe des Verwendungszwecks im Vertrag, über den "Schlüsselgeldparagraphen" des § 1357 BGB eine Mithaftung zu bewirken. Dieser Methode ist bereits von Untergerichten eine Grenze gesetzt worden, siehe Palandt-Diedrichsen § 1357, Anm. 2 b m.w.N.

2) Unrichtig ist die in der Literatur aufgestellte Behauptung, Teilzahlungsbanken verlangten "nur" eine Gehaltsabtretung, so z.B. Gerstenmaier FLF 5/80, 225,227; hier ist die Praxis der Bankengruppen einheitlich, vgl. Hiebler, Die Praxis der Kreditgewährung, S. 150 f. Die Dresdner Bank inserierte z.B. im Januar 1981 wie folgt: "Bei einem Dresner-Bank-Privatdarlehen bis 30.000,- DM fragen wir Sie nicht, ob Sie das Geld für ein Auto, für eine Wohnungseinrichtung oder für eine Reise brauchen - wir geben es Ihnen. Schnell und auf Wunsch bar auf die Hand. ... Auch wenn Sie noch kein Kunde der Bank sind - gehen Sie einfach zur nächsten Geschäftsstelle. Und damit Sie nicht unnötig warten müssen, bringen Sie bitte Ihren Personalausweis und Einkommensnachweis gleich mit." - Bonner Anzeigenblatt vom 28./29.1.81

3) hierzu Hiebler, a.a.O.

4) hierzu Billing, S. 137 ff m.w.N.

Mittels ihm vorgegebener "Kreditvergaberichtlinien", möglicherweise Entscheidungstabellen, seiner individuellen Erfahrungen und der Klassifizierung mittels unvollständiger Induktion, d. h. eines Rückschlusses und Vergleiches mit anderen Krediten, z. B. den abgelehnten, den laufenden, den erledigten "guten" Risiken, trifft der Bearbeiter traditionellerweise ohne statistisch-mathematische Verfahren seine Entscheidung (1). Regelmäßig verläßt er sich auf seine Sachkenntnis, Erfahrung, Kombinationsgabe. Ziel seiner Überprüfung ist in jedem Fall, mit möglichst hoher Wahrscheinlichkeit "gute" von potentiell "schlechten" Kreditnachfragern zu trennen.

Alle Bankengruppen bearbeiten mit im wesentlichen gleichlautenden Kreditvergaberichtlinien (2). Unzutreffend ist also, daß Teilzahlungsbanken bewußt eine besondere Risikofreudigkeit aufweisen. Jede Kreditentscheidung muß zwingend von dem Bemühen getragen sein, die Rückzahlungsbereitschaft und -fähigkeit mit größtmöglicher Wahrscheinlichkeit zu prognostizieren. Die Qualität der Entscheidungsfindung mag differieren, kein Kreditgeber wird aber ein zum "schlechten" neigendes Risiko erkennen und trotzdem eine positive Kreditentscheidung treffen. Das Bemühen jedes Kreditgebers ist und muß darauf gerichtet sein, das Ausfallrisiko weitestgehend auszuschalten; die Risikobegrenzung muß darauf ausgerichtet sein, daß die Kreditvergabe insgesamt profitabel bleibt; insoweit ist das Geschäft für alle Bankengruppen gleich interessant, insoweit wird der Markt von allen Bankengruppen gleich besetzt. Die vertretene These von der "allgemeinnützigen Belieferung" einer ansonsten nicht kreditwürdigen Bevölkerungsschicht ist nichts als eine Schutzbehauptung.

Alle Banken arbeiten daran, die Ergebnisse der Risikoanalyse zu verbessern. Dabei kommen über traditionelle Entscheidungskriterien nunmehr finanzmathematisch-statistische Methoden, die sich das Potential der vorangegangenen Kreditverträge und deren Verlauf zunutze machen, zum Einsatz (3). Bezeichnenderweise arbeitet die mit Abstand größte

---

1) Bulling, S. 35 ff
2) so ausdrücklich OLG Stuttgart NJW 79, 2409, 2411; dies ist - soweit ersichtlich - von Vertretern der Teilzahlungsbanken nicht bestritten worden.
3) vgl. z. B. den Ansatz von Bulling, S. 101 ff

Teilzahlungsbank "für den privaten Kunden" (Firmenslogan), die Kundenkreditbank, seit einigen Jahren mit einem neuen System, das auch einen Computereinsatz einschließt, dem sogenannten Credit Scoring. Die Senkung des Ausfallrisikos ist mit Genugtuung der Fachwelt mitgeteilt worden, die Auswirkungen auf den geforderten Zinssatz im Sinne einer Senkung der Kosten für den Kunden ist herausgestellt worden (1).

Damit wird auch deutlich, warum die Ausfallquote bei (einigen ?) Teilzahlungsbanken um ein geringes höher ist als bei anderen Banken. Ursache ist, so die zutreffende Bezeichnung des OLG Stuttgart (2), ein "systemimmanenter Fehler". Gerade im vermittelten Geschäft, das bei Teilzahlungsbanken eine ausschlaggebende Rolle spielt, ist eine vollständige und fehlerlose Risikodiagnose nicht in allen Fällen gewährleistet. Auch wenn die Kreditentscheidung allein dem Teilzahlungskreditinstitut obliegt und der Makler zur Übermittlung aller wesentlichen Informationen verpflichtet wird, bleibt dieser primäre und oft einzige Kontaktperson zum Kreditsuchenden. Die im Gespräch zu gewinnende Information über charakterliche Merkmale, Krediterfahrungen, Planungsvermögen, Risikoeinstellung, Einzelheiten der wirtschaftlichen Situation bleiben dem Kreditgeber bzw. dessen Sachbearbeiter selbst verborgen. Es bleibt abzuwarten, ob moderne Computeranalysen diese Beurteilung überflüssig machen können.

Hinzu kommt, daß die Interessenlage des Kreditmaklers dem des Kreditsachbearbeiters nicht entspricht. Der Makler ist vor allem daran interessiert, den Kredit "durchzubringen". Damit ist seine Vermittlungsgebühr verdient; bei einem Ausfall muß er allenfalls, soweit überhaupt mit dem Kreditgeber vereinbart, auf einen Teil des "packing" verzichten. Das Interesse des Sachbearbeiters ist demgegenüber darauf gerichtet, ein "schlechtes" Risiko möglichst zu verhindern.

Damit entpuppt sich das "allgemein anerkannte besondere Risiko" der Teilzahlungsbanken als ein zum Komplex "höhere Eigenkosten"

---

1) dazu detailliert Schneider TW 2/80, 39 ff
2) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff

gehöriges Problem. Nicht die Kundenstruktur, sondern das ungenügend funktionsfähige System verursachen - zudem minimale - höhere Kosten.

Soweit der BGH ein individuelles Risiko, das in der Bewertung eines Einzelfalles Niederschlag findet, zwar nicht bei der Markteingrenzung, sondern bei der Gesamtwürdigung des Vertrages beurteilen will (1), verkennt er die Tatsachen. Bei einem Mengengeschäft wie dem des Konsumentenkredites erfolgt, wie dargestellt, eine standardisierte Überprüfung, die mit einer positiven oder negativen Entscheidung, gegebenenfalls einer Senkung des Kreditrahmens, endet. Eine Kreditvergabe mit "schlechtem" Risiko, dafür mit höheren als sonst geforderten Kosten, ist im Konsumentenkreditgeschäft nicht üblich. Im übrigen kann der Fall einer individuellen Kreditvergabe mit besonderer Risikostruktur im Rahmen der Entwicklung eines Richtwertes schon deshalb vernachlässigt werden, weil dieser Richtwert nur eine Vermutungswirkung auslöst. Der Kreditgeber ist also fähig, besondere Risikofaktoren nachzuweisen und die Vermutungswirkung zu entkräften.

(b) Die besondere Kostenstruktur

Ein Sondermarkt für Teilzahlungsbanken wird in der Literatur auch deshalb gefordert, weil gegenüber Sparkassen und Großbanken sowohl höhere Refinanzierungskosten als auch höhere allgemeine Kosten entständen, so daß ein Vergleich nicht statthaft sei (2).

(aa) Die höheren Kosten der Teilzahlungsbanken

Es entspricht den Tatsachen, daß im Jahre 1979 die Teilzahlungsbanken über 50 % des Geschäftsvolumens bei anderen Kreditinstituten refinanzieren mußten (3). Dies wirkt sich verteuernd aus. Inwieweit der sonstige Aufwand kostenintensiver ist, kann mangels detaillierter Daten nicht quantifiziert werden. Bezeichnenderweise werden auch

---

1) siehe oben 2. Kap. A III 3 e, aa, S. 65
2) z.B. Kessler, TW 1/80, 15,17; Scholz, WM 79, 1247, 1248 in seinen Anm. zu BGH WM 79, 966; Winter TW 2/79, 40,42; Kochendörfer NJW 80, 215,216; so schon Scholten NJW 68, 385,386
3) siehe oben 1. Kap. B II 3, S. 39 f

diesbezügliche genaue Angaben vermieden (1).
Nicht zu leugnen ist, daß einige Teilzahlungsbanken (2) über eine Vollbankkonzession verfügen und somit eigene Finanzierungsquellen ausschöpfen können. Erstaunliches Faktum ist auch, daß bei einer im November 1978 durchgeführten Untersuchung (3) die Teilzahlungsbanken Effektivbelastungen zwischen 8,77 % p.a. und 21,15 % p.a. forderten (jeweils ohne Einschaltung eines Vermittlers). Bei Großbanken und Sparkassen betrug der Satz zwischen 8, 12 % p.a. und 8,77 % p.a. Daraus folgt schon, daß der geforderte Markt für Teilzahlungsbanken nicht den Realitäten entspricht. Offensichtlich gilt die "besondere Kostenstruktur" für eine Anzahl von Teilzahlungsbanken nicht. Folgte man der dargestellten Argumentation, müßte eine Trennungslinie zwischen den Teilzahlungsbanken selbst gezogen werden.

(bb) Die herkömmliche Marktdefinition

Der Markt eines Produktes wird herkömmlicherweise durch Zeit, Raum und Gegenstand definiert.

Ganz herrschende Meinung ist, daß der maßgebliche Zeitpunkt für den Vergleich mit dem verkehrsüblichen Äquivalent und damit für die Bestimmung des Marktes der des Vertragsschlusses ist (4). Da ein regionales Zinsgefälle nicht besteht, ist räumlich das Gebiet der Bundesrepublik einschließlich West-Berlin entscheidend (5). Sachlich wird der Markt aus dem Produktzweck der Nachfrageseite bestimmt; alle identischen und funktionell austauschbaren sowie Substitutgüter gehören demselben Markt an. Sofern es sich um gleich beschaffene

---

1) beispielhaft Kessler, TW 1/80, 17
2) darunter die Kundenkreditbank als größte Spezialbank "für den privaten Kunden"
3) Stiftung Warentest, Heft 2/79, 17
4) siehe dazu die oben 2. Kap. A III 3 b angeführte Rechtsprechung; für die Literatur nur Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 66 m.w.N.
5) Hier beeinflußt vor allem die Zinspolitik der Bundesbank einheitlich die Bundesrepublik und Berlin.

Ware handelt, ist der Markt nicht nach Preisen zu unterteilen (1). Dabei kann über die Einheitlichkeit des Produktes "Kapital" kein Zweifel bestehen (2). Soweit darauf hingewiesen wird, daß ein besonderer Service oder Vertriebsweg zur Differenzierung auffordere (3), ist ein solcher bei Teilzahlungsbanken nicht dargetan. Hier kann allenfalls die Leistung der Kreditvermittler gemeint sein, die an anderer Stelle bewertet werden soll (4).

Mit dem Vorwurf der "Preiskontrolle" (5) kann die Feststellung des Marktes nicht unterlaufen werden. Der Markt und sein Preis für Konsumentenkredite sind Hilfsmittel bei Prüfung des Leistungsverhältnisses. Der Vertragsfreiheit sind erst dann Grenzen gesetzt, wenn dieser Marktpreis in "auffälligem Mißverhältnis" zum geforderten Preis steht, so daß die - widerlegliche - Vermutung eines sittenwidrigen Geschäftes gerechtfertigt ist. Wer bereits in der Offenlegung des Marktes die Vertragsfreiheit gefährdet sieht, verlangt letztlich die Abschaffung des § 138 Abs. 1 BGB.

Wenig überzeugend ist auch die Behauptung, daß der von Sparkassen, Geschäftsbanken und Genossenschaftsbanken geforderte Preis nicht kostendeckend sei. Die Rentabilitätsschwelle werde als "Strategie einer längerfristigen Kundenbindung" häufig erheblich unterschritten (6).

Diesbezüglich hat schon das OLG Stuttgart (7) zutreffend ausgeführt,

---

1) WuWE OLG 2113, 2116 - Steinkohlestromerzeuger - hier wird ein abgegrenzter, durch höhere Preise bedingter Markt für Steinkohlestrom ausdrücklich verneint; siehe Ebel, Kartellrechtskommentar, § 22 Rdnr. 13; allg. zur Definition des Marktes Müller-Gießler, Kommentar zum GWB, § 1 Rdnr. 99 m.w.N.; die herangezogene kartellrechtliche Definition dient der Feststellung des Wettbewerbsbereichs eines Produkts oder einer gewerblichen Leistung; eben dieser Bereich ist auch im Konsumentenkreditgeschäft einzugrenzen.
2) abwegig daher der Vergleich von Zwanzig, BB 80, 1282, 1287, mit dem Buchmarkt und den dort erscheinenden Erstausgaben und Billigexemplaren; diese Differenzierung ist bei der Kapitalgewährung gerade nicht möglich.
3) Zwanzig, a.a.O.
4) siehe unten A V 4 b, ee, S. 161 ff
5) Zwanzig, a.a.O.; Gerstenmaier FLF 5/80, 225
6) so Winter TW 2/79, 40, 42; ähnlich Scholz WM 79, 1247, 1248; Kessler, TW 1/80, 15, 17; Zwanzig BB 80, 1282, 1284 f
7) siehe oben 2. Kapitel B V, S. 99 ff

daß die seit vielen Jahren gleichgebliebene Zinsdifferenz zwischen beiden Bankengruppen in einem Verdrängungswettbewerb wirtschaftlich angesichts des andauernden Schadens nicht vertretbar wäre. Darüber hinaus ist kaum einzusehen, warum die "Mütter", d.h. die Großbanken und Sparkassen, gegenüber den "Töchtern", den Teilzahlungsbanken, einen zeitlich unbegrenzten Wirtschaftskampf führen sollten. Fraglich ist auch, wo das weitere Geschäft mit dem Kunden gefunden werden soll, da im Bereich der Lohn- und Gehaltskonten allenfalls Kostendeckung erreicht wird (1). Für das Anlagengeschäft stehen Konsumentenkreditnehmer sicherlich nur begrenzt zur Verfügung. Gerade die Kontenführung wird aber gepflegt, weil überzogene Dispositionskredite gewinnbringend in Ratenkredite umgewandelt werden können. Bei der Dresdner Bank hat im Jahre 1978 die Kreditinanspruchnahme durch Privatkundschaft 25 % der gesamten Kundenforderungen betragen (2). Die These von dem nicht kostendeckenden Marktzins kann ernsthaft nicht aufrecht erhalten bleiben.

Im Ergebnis ist die innere Kostenstruktur der Anbieter bei der Definition des Marktes kein erheblicher Faktor (3); für den Nachfrager ist sie ohne Interesse.

(cc) Exkurs: Kostenstruktur und Gesamtwürdigung

Schon an dieser Stelle kann ergänzend konstatiert werden, daß auch bei der Gesamtwürdigung des Vertrages im Rahmen der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB die Eigenkosten in der Regel nicht zu Gunsten des Kreditgebers Berücksichtigung finden können (4). Nach der Additionsklausel ist ausreichend, daß zwischen der Summe der Leistungen und der Summe der Gegenleistungen bei Vergleich mit dem verkehrsüblichen Äquivalent bzw. den Äquivalenten ein auffälliges Mißverhältnis besteht (5). Ein übermäßiger Gewinn des Kreditgebers ist nicht

---

1) so selbst Scholz, a.a.O., m.w.N.

2) Hiebler, S. 152

3) so auch der BGH, siehe oben 2. Kap. A III 3 d, bb; Reich, JZ 80, 329, 334; im Erg. auch Bachmann, NJW 79, 2082

4) dahingehend aber der BGH, siehe oben 2. Kap. A III 3 d, bb, obwohl er eine entsprechende Würdigung tatsächlich nicht vorgenommen hat.

5) Sturm JZ 77, 84, 87; Lammel BB Beil. 8/80, 10

Voraussetzung; wenn der überhöhte Preis zustande kommt, weil ein oder mehrere Vermittler übermäßige Kosten beansprucht haben, andere Kreditinstitute am Gewinn partizipiert haben, oder sonstige preisbestimmende Größen Einfluß ausgeübt haben, kann ebenso ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit vorliegen wie bei der Vereinigung aller Vorteile in einer Hand (1). Die salopp vorgetragene Feststellung des OLG Stuttgart (2), daß die höheren Kosten der "Töchter" in Wahrheit bei den "Müttern" Gewinne sind, trifft also den richtigen Kern (3).

Im übrigen gilt auch hier, daß ein Zusammenwirken aller Beteiligten im Sinne der Additionsklausel des § 302 a StGB bereits zu bejahen ist, wenn sie sich nicht um die Kondition der anderen Beteiligten kümmern. Durch die Abrechnung im Kreditvertrag sind die entstehenden Kosten dem Kreditgeber in aller Regel bekannt.

Damit ist die innere Kostenstruktur über die Frage der Markteingrenzung hinaus für die Bestimmung des Richtwertes ohne Belang. Das Eingreifen der Additionsklausel kann ebenfalls vermutet werden. Sachgerechte Ergebnisse bleiben möglich, da dem Kreditgeber der Nachweis offensteht, daß ihm nicht bekannte Kosten den Kredit erheblich verteuert haben, mit denen er nicht zu rechnen brauchte. Soweit ihm dies gelingt, sind diese Kosten aus dem Leistungsvergleich auszuschließen.

bb) Die verkehrsüblichen Kreditgebühren und die Heranziehung der Statistik der Deutschen Bundesbank

Stellt sich der Markt für Konsumentenkredite als einheitlicher dar, bleibt die Aufgabe, das verkehrsübliche Äquivalent zum maßgeblichen Zeitpunkt zu ermitteln. Bezüglich der Höhe der Kreditgebühren steht

---

1) verfehlt insoweit die Berechnungsversuche von Lammel, a. a. O., S. 13, der eine Zinshöchstgrenze unter Berücksichtigung höherer Kosten festlegt.
2) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff
3) Bereits in RAG 16, 35 wird die Ausbeutung der Arbeitskraft und Weitergabe ohne besonderen, eigenen Gewinn als wucherisch gekennzeichnet; ebenso weist Erman-Westermann, § 138 Rdnr. 68, darauf hin, daß nicht unbedingt ein erheblicher eigener Gewinn Voraussetzung sei; dahingehend auch Mayer-Maly in MK, § 138 Rdnr. 126, für den Begriff der Ausbeutung; im Ergebnis auch Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 394 ff

hier die monatlich von der Deutschen Bundesbank veröffentliche Statistik über den sogenannten Schwerpunktzins zur Verfügung (1).

Gegen die Heranziehung wird eingewendet, daß nicht alle Kreditinstitute monatlich ihre Meldungen an die Deutsche Bundesbank abgeben, daß ein Teil der geforderten Zinssätze unberücksichtigt bleiben würde, daß die Teilzahlungsbanken schon wegen der hohen Kosten naturgemäß unterrepräsentiert seien; moniert wird auch, daß lediglich die Konditionen für Ratenkredite zwischen DM 2000,- bis unter DM 5000,- mit Laufzeiten von 12 bis 24 Monaten erfaßt würden (2).

Die Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Die Bundesbank befragt 434 Institute, also eine Anzahl von Banken, die eine Marktübersicht gewährleistet. Wenn 5 % der Angaben, jeweils die teuersten und günstigsten, außer acht gelassen werden, wird verhindert, daß "statistische Ausreißer", z.B. extrem hohe Kreditgebühren, das Ergebnis verfälschen; "sonst liefe man Gefahr, daß Wucherzinsen nur deshalb nicht als Wucherzinsen erscheinen, weil sie durch ihre extreme Höhe - mit der sie selber in den Vergleichszinssatz eingegangen sind - diese in ihre Nähe gezogen haben" (3).

Da eine Tendenz zu höheren Krediten mit längerer Laufzeit besteht, sollten bei der Bundesbank Überlegungen über eine Korrektur der Statistik angestrengt werden. Tatsächlich wirkte sich dies aber dahingehend aus, daß der Schwerpunktzins niedriger als bisher ausfallen würde. Die Kreditkosten sinken sowohl bei längerer Laufzeit als auch bei höherem Kreditbetrag. In beiden Fällen nämlich sind die laufzeitunabhängigen Kosten, vor allem die Verwaltungskosten, geringer (4).

---

1) siehe oben 2. Kap. A III 3 d, cc, S. 63 f
2) so Kochendörfer NJW 80, 215 f; ebenso Kessler, TW 1/80, 15,17; Scholz, WM 79, 1247; darüber hinaus wird die Berücksichtigung abgelehnt, weil ein Sondermarkt vorliege, so z.B. Weber, NJW 80, 2062,2063

3) OLG Stuttgart, Urteil vom 24.4.79, A III; siehe 2. Kapitel B V, S. 99 ff
4) Als Beispiele seien die von der Noris Bank (Fa. Quelle) geforderten Effektivverzinsungen angeführt: Kreditbetrag DM 2000,- bei einer Laufzeit von 12 Monaten, effekt. Jahreszins 19,6 %, bei einer Laufzeit von 60 Monaten, 19,1 %; Kreditbetrag DM 10.000,- bei einer Laufzeit von 12 Monaten, 16,5 %, bei einer Laufzeit von 60 Monaten, 15,6 %; Stand: Sommer 1980, Quelle: Broschüre der Noris Bank

Wirkt sich aber die Statistik allenfalls günstig für den Wucherer aus, kann sie nicht als Argument dafür herhalten, daß sie im Rahmen der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB zu für den Wucherer nicht gerechtfertigten Ergebnissen führt. Dem BGH (1) ist darin beizupflichten, daß die Zinsstatistik die Feststellung ermöglicht, "daß die von der Klägerin berechneten Entgelt- und sonstigen Leistungen für den angesprochenen Kreditsuchenden ... im Vergleich zu den Raten- und Teilzahlungskrediten anderer Kreditinstitute besonders hoch sind und daß die Kreditnehmer dadurch übermäßig belastet werden."

Die Zinsstatistik gibt allerdings weder über die Nebenkosten noch über den vermittelten Kredit Aufschluß (2).

cc) Die verkehrsüblichen Bearbeitungs- und Nebenkosten

Bei der im November 1978 durchgeführten Untersuchung der Stiftung Warentest verlangten die befragten Kreditgeber aus allen Bankengruppen neben den Kreditgebühren ohneAusnahme eine zusätzliche Bearbeitungsgebühr. Die durchschnittliche Höhe betrug 2 % vom Nettokredit (3). Der Satz ist in den Jahren 1979 und 1980 unverändert geblieben (4). Zu dem Schwerpunktzins ist dementsprechend eine einmalige Bearbeitungsgebühr von 2 % hinzuzurechnen (5). Weitere Kosten für Auslagen, Auskünfte etc. sind nicht verkehrsüblich (6), sie werden mit der Bearbeitungsgebühr abgegolten. Besonderer Berücksichtigung bedürfen sie nicht.

dd) Restschuldversicherung und Gegenwert

Soweit der Kreditnehmer eine Restschuldversicherung in Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abschließt, ist deren verkehrsüblicher

---

1) siehe oben 2. Kap. A III 3 d, cc, S. 63 f
2) insoweit zutreffend Kochendörfer NJW 80, 215 f
3) Test 2/79, 17, eigene Berechnungen; auf diesen Satz weist auch die Bundesbank - ohne statistische Angaben - hin; z. B. Monatsberichte, 32. Jahrg., Nr. 10, Oktober 80, S. 48
4) So das Ergebnis einer - nicht repräsentativen - Befragung des Verfassers von Bremer Kreditinstituten im Dezember 1980; ebenso OLG Stuttgart im Urteil vom 24. 4. 79, siehe oben 2. Kap. B V; die quantitative Angabe wird auch von Kritikern der neueren Rechtsprechung - soweit ersichtlich - nicht in Zweifel gestellt, Kochendörfer, NJW 80, 216, z. B. spricht von einer "branchenüblichen Bearbeitungsgebühr von 2 %".
5) und 6) s. S. 156

Wert ebenfalls zu berücksichtigen. Dies setzt aber voraus, daß der Kreditnehmer tatsächlich durch die Versicherung eine vermögenswerte Gegenleistung erhält.

Über Wert und Unwert der Restschuldversicherung gehen die Meinungen auseinander. Auf der einen Seite wird vorgebracht, der Versicherungsschutz sei eine besondere Leistung, deren alleiniger Nutznießer der Kreditnehmer sei (1). Das Verantwortungsbewußtsein gegenüber der Familie oder gegenüber möglichen Bürgen sei für den Kreditnehmer das wichtigste Motiv zum Abschluß der Versicherung (2). Zwar fließe im Schadensfall die Versicherungsleistung formell an den Kreditgeber, der Kreditnehmer werde jedoch von seiner Darlehensverbindlichkeit endgültig befreit, so daß ihm wirtschaftlich die Leistung zugute komme (3).

Als Gegenargumente werden geltend gemacht, daß die Restschuldversicherung dem Kreditnehmer häufig aufgenötigt werde und primär der Bank zugute komme (4). Die Arbeitskraft sei das einzige relevante Sicherungsmittel des Kreditgebers, das bei Tod oder Arbeitsunfähigkeit wegfalle; eine Zwangsvollstreckung in das sonstige Vermögen des Schuldners oder dessen Erbmasse stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zum wirtschaftlichen Ergebnis. Unter diesem Blickwinkel betrachtet sei die Restschuldversicherung ein Mittel der Kreditsicherung; der Bank werde die Gewißheit verschafft, daß bei Wegfall des primären Sicherungsobjektes ein sekundäres Sicherungsmittel an dessen Stelle trete (5). Auf dieses Sicherungsinteresse der Bank, das geeignet sei, das Kreditrisiko zu senken, weist auch der BGH hin (6).

---

5) v. S. 155: dies geschieht durch formelmäßige Umrechnung in die effekt. Belastung p. a., siehe oben 2. Kapitel A III 3 c, bb, S. 60
6) v. S. 155: Test 2/79, 14

1) so z. B. Scholz, BB 74, 1605; ders., MDR 76, 281 ff; ders. FLF 3/80, 96, 97; Kessler, BB 79, 1223, 1225; Lau/Schulz ZGesKredW 80, 820, 822; vgl. auch Canaris NJW 78, 1894, 1896
2) Lau/Schulz, a. a. O.
3) Scholz, MDR 76, 281
4) so z. B. Reich, NJW 77, 636 f; ders., JZ 80, 329, 333
5) Lammel, BB Beil. 8/80, 11
6) siehe oben 2. Kapitel A III 1 c, bb, S. 56

Das OLG Stuttgart (1) hat eine Zwischenlösung gesucht, nämlich die 50%ige Berücksichtigung der Prämie. Es bewertet das Versicherungsinteresse mit 50 % der üblichen Prämie und schlägt diesen Betrag den ausbezahlten Darlehensvaluta zu; die andere Hälfte wird den Kreditkosten zugerechnet (2). Winter (3) plädiert ebenfalls für eine hälftige Anrechnung, allerdings in Form eines "Abschlags" von einer fest definierten Wuchergrenze (4). Hackl letztlich (5) läßt die Frage der Zuordnung unbeantwortet, da sie in der Praxis zu gleichen Ergebnissen führe. Rechne man die Prämie den Kreditkosten hinzu, erhöhe sich die Effektivverzinsung. Werde beim Vergleich der Leistungen allein der Darlehensnehmer damit belastet, erhöhe der Versicherungsschutz dessen Bonität und setze damit das Risiko herab. Dementsprechend müßte im zweiten Fall die Sittenwidrigkeitsgrenze gesenkt werden.

Methodisch nicht gefolgt werden kann zunächst dem Ansatz des OLG Stuttgart, nur einen Teil der Prämie den K r e d i t k o s t e n zuzuschlagen. Dies steht mit der Additionsklausel nicht in Einklang; problematisch ist allein, ob überhaupt und in welchem Umfang eine gesonderte Gegenleistung besteht, deren verkehrsüblicher Wert beim gegenüberzustellenden Pendant eingerechnet werden müßte. Nicht brauchbar ist auch der Vorschlag von Winter, da ein Abschlag von einer festen Zinsobergrenze wechselnden wirtschaftlich Gegebenheiten nicht Rechnung trägt. Die Argumentation von Hackl läuft ebenfalls auf einen Risikoabschlag hinaus.

Für eine Beurteilung in der Sache sind einige Fakten bemerkenswert. Im Jahre 1979 sind ca. 2 Millionen Restschuldversicherungen mit Einmalbeiträgen von mehr als DM 300 Millionen abgeschlossen worden (6). Während sie bei Großbanken und Sparkassen zwar angeboten wird, jedoch nicht obligatorisch ist und kaum in Anspruch genommen wird, ist

---

1) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff; jetzt auch BGH BB 81, 927, 930
2) dahingehend bereits Rühle, S. 85; ausdrücklich zustimmend Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 2 b, aa
3) NJW 80, 2062, 2064
4) diese setzt er mit 40 % p.a. an, der Abzug in Höhe des "üblichen Mittelwerts" der Prämie soll 2,5 % betragen.
5) BB 77, 1412
6) Lau/Schulz, ZGesKredW 80, 822

der entsprechende Versicherungsantrag in den Formularen der Teilzahlungsbanken in der Regel vorformuliert (1); in einigen Fällen ist der Abschluß obligatorisch (2). Im vermittelten Kreditgeschäft wird eine zusätzliche Restschuldversicherung in der überwiegenden Zahl der Fälle als Voraussetzung genannt (3).

Legt man eine durchschnittliche Kredithöhe von DM 4300,- (4) im Jahre 1979 (Teilzahlungsbanken) zugrunde, ergibt sich nach der Anzahl der Versicherungen ein Volumen von ca. DM 8,6 Milliarden an versicherten Krediten. Da das Gesamtvolumen der Ratenkredite DM 115 Milliarden erreichte, liegt der Anteil der Kreditverträge mit Restschuldversicherungen erheblich unter 10 %. Mit anderen Worten heißt dies, daß in mehr als 90 % der Ratenkreditgeschäfte ein Abschluß nicht für erforderlich erachtet worden ist. Dies ist ein deutliches Anzeichen dafür, daß die Bonitätserhöhung und damit die Risikoverminderung auf dem einheitlichen Markt nur als gering eingestuft werden kann. Zutreffend ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis von Canaris (5), daß ein spezifisches Risiko bei Teilzahlungsbanken kaum darin bestehen könne, daß ihre Kreditnehmer besonders früh sterben oder invalide werden.

Andererseits ist ein Faktum, daß der "typische Kreditnehmer", der das Hauptkontingent der Kunden ausmacht, zwischen 20 und 35 Jahre alt ist und Kapital zur Anschaffung von langlebigen Konsumgütern (Auto, Wohnung, Elektrogeräte) benötigt. Ein besonderes Interesse an der Absicherung seiner Erben und der Wunsch nach Vorsorge bei Invalidität (nicht Arbeitslosigkeit) kann kaum vermutet werden. In der weitaus überwiegenden Zahl von Fällen, zumindest im vermittelten Geschäft, ist von einer Aufnötigung der Versicherung auszugehen, ohne daß ein subjektives Interesse besteht.

---

1) z.B. bei der WKV-Bank GmbH München, der Badischen Kundenkreditbank AG, der Bankhaus Bohl KG, Stand jeweils 1979, Quelle: Formulare der Banken
2) vgl. Scholz, MDR 76, 282
3) In der im November 1978 von der Stiftung Warentest durchgeführten Umfrage forderten von 38 Maklern mehr als zwei Drittel den Abschluß, Test 2,79, 18 ff
4) siehe oben 1. Kap. B III 3, S. 41
5) NJW 78, 1896

Angesichts dieser Umstände stellt sich die Frage, wieso das Volumen der Restschuldversicherungen eine derartige Dimension erreichen konnte. Ein Faktum ist hier die geringfügige Risikoverminderung, da das steil ansteigende Ausfallrisiko bei Tod und/oder Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen wird (1). Insoweit ist der Vertragsabschluß ein Sicherungsmittel der Bank. Der gleiche Effekt könnte durch Erhöhung der Kreditgebühren erzielt werden. Es handelt sich um eine Frage der inneren Kostenstruktur, die keine Berücksichtigung finden kann.

Soweit von einigen Teilzahlungsbanken der Abschluß der Versicherung obligatorisch gefordert ist, schlägt sich dies in einer verbilligten Durchschnittsprämie nieder (2). Der Sachverständige im Verfahren vor dem OLG Stuttgart (3) hat ausgeführt, daß die Prämie sich in der Regel zwischen 4 % - 7 % des Nettokredits bewege. Legt man für 1979 Einmalprämien von DM 300 Millionen zugrunde, ergibt sich bei einer durchschnittlichen Kredithöhe von DM 4300,- und zwei Millionen Versicherungen eine durchschnittliche Prämie um 3 %. Bei obligatorischen Restschuldversicherungen liegt die Prämie noch niedriger. Aufgezeigt werden soll durch dieses Zahlenmaterial nur, daß Kalkulationen im Verantwortungsbereich des Kreditnehmers, der den Rahmenvertrag mit dem Versicherer abschließt, vorliegen, die vom Kreditnehmer nicht beeinflußt werden können.

Im übrigen kann eine Erklärung für den zahlenmäßig hohen Abschluß von Versicherungen vor allem darin gefunden werden, daß sie, insbesonders bei Kreditvermittlern, als zusätzliche Einnahmequelle dienen. In der Umfrage der Stiftung Warentest wurden Prämien zwischen ca. 1 % und 13 % des Nettokredits gefordert (4). Im Extremfall waren die Versicherungskosten 1 1/2 mal so hoch wie die effektive Belastung für den gesamten Kredit bei Großbanken oder Sparkassen. Aufgrund der Tatsache, daß die Kosten der Restschuldversicherung üblicherweise nicht in die Effektivverzinsung einbezogen wurden und werden,

---

1) so auch OLG Stuttgart, siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff
2) die Norisbank z. B. verlangte im Sommer 1980 bei einem Kredit von DM 1000,- und einer Laufzeit von 12 Monaten eine Prämie von DM 6,50; Quelle: Broschüre der Norisbank
3) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff
4) Test 2/79, 18 ff

bietet sich hier gefahrlos ein Bereich für ein Zusatzgeschäft (1). Auch diese Praktiken rechtfertigen keine Korrektur des "Marktpreises".

Wenn also konstatiert werden kann, daß in 90 % der abgeschlossenen Verträge auf eine Restschuldversicherung verzichtet wird, daß in der überwiegenden Zahl der Fälle ein subjektives Interesse nicht besteht (2), daß eine geringfügige Risikominderung allein die innere Kostenstruktur des Kreditgebers tangiert,und die Versicherung häufig ein Feld für Mißbräuche darstellt, ist der Schluß erlaubt, daß in der Regel den Kosten der Versicherung ein relevanter Gegenwert nicht gegenüber steht. Folglich muß beim verkehrsüblichen Äquivalent der Abschluß wertmäßig nicht berücksichtigt werden.

Einzelfallgerechtigkeit bleibt im übrigen deshalb gewahrt, weil nach der hier vertretenen Auffassung vom quantitativ einzugrenzenden "auffälligen Mißverhältnis" nur eine Vermutungswirkung ausgeht. Dem Kreditgeber bleibt der Nachweis unbenommen, daß ihm der Abschluß der Versicherung nicht bekannt war, weil z. B. der Makler ihn veranlaßt hat,und dieser Umstand aus den Kreditunterlagen nicht ersichtlich war, er also mit den Kosten nicht zu rechnen brauchte (3). In diesem Fall sind die Kosten schon bei den Belastungen des Darlehensnehmers nicht mehr einzubeziehen, da die Additionsklausel keine Anwendung findet (4).

Die Bank kann auch den Beweis führen, daß der Kreditnehmer über Konditionen und Prämien aufgeklärt worden ist und in Kenntnis aller Fakten freiwillig einen solchen Vertrag geschlossen hat. Sie kann darlegen, daß auf Wunsch des Darlehensnehmers eine atypische Restschuld-

---

1) Aus eigener Praxis ist dem Verfasser ein Fall bekannt, in dem dem Versicherungsnehmer infolge Einschaltung von zwei Maklern eine Prämie abverlangt wurde, die das Dreifache des von der Versicherung geforderten Satzes ausmachte.

2) Hier bieten sich Parallelen zur Problematik der aufgedrängten Bereicherung an; auch für eine solche ist das mangelnde subjektive Interesse Voraussetzung; Lösungsvorschläge gehen dahin, die Bereicherung nicht nach dem objektiven Ertragswert, sondern nach dem subjektiven Interesse zu bemessen; dies kann soweit gehen, daß eine Bereicherung entfällt; die Frage soll nicht vertieft werden, vgl. dazu nur Palandt-Bassenge § 951 Anm. 2 c mit det. w. N.

3) Dies wird allerdings in den seltensten Fällen der Fall sein, da dann die Bank auch nicht Berechtigter wäre.

4) Geprüft werden kann dann nur, ob der Versicherungsvertrag isoliert mit § 138 Abs. 1 BGB in Einklang steht.

versicherung, z. B. unter Einschluß von Krankheiten als versichertem Risiko, vermittelt worden ist. Denkbar wäre auch, daß eine individuelle Risikolage, z. B. bei extrem gefährlichen Berufen, Anlaß für die Versicherung war. In solchen Fällen bleibt eine Gesamtwürdigung des Gerichtes für den Einzelfall unumgänglich, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Hier kann die Abwägung durchaus das Resultat haben, daß eine hälftige Anrechnung in Form eines Aufschlages auf das verkehrsübliche Äquivalent vorzunehmen ist.

Abschließend kann darauf hingewiesen werden, daß aufgrund der neueren Rechtsprechung, insbesonders des BGH, ein Teil der Banken "ihren Service, den Kreditkunden eine Restschuldversicherung als zusätzliche Dienstleistung zu vermitteln, wegen der möglichen Auswirkungen auf die Effektivverzinsung bereits eingeschränkt haben."(1). Auch die neuen, ab 1. 1. 1979 geltenden Verwaltungsgrundsätze des BAV (2) tragen dazu bei, daß Mißstände abgebaut werden,und das Ausmaß von aufgedrängten, überhöhten Versicherungen verringert wird. Diese begrüßenswerte Tendenz läßt hoffen, daß die Problematik der Versicherungsprämien im Rahmen der Beurteilung des § 138 Abs. 1 BGB ohne legislative Eingriffe gelöst werden kann. Ein erster Schritt zu dem rechtspolitischen Ziel, daß auf dem Markt nur die freiwillig abgeschlossenen Versicherungen zu vom BAV genehmigten Tarifen verbleiben, ist getan. Deren Berücksichtigung im Leistungsverhältnis soll - bei Nachweis - nicht infrage gestellt werden. Daneben bleibt den Banken die Entscheidung, eine obligatorische Versicherung abzuschließen, die nicht in das Wertverhältnis eingeht, im Rahmen ihrer internen Risikokalkulation unbenommen.

ee) Kreditvermittlung und Gegenwert

In ganz ähnlicher Weise wie bei der Restschuldversicherung stellt sich im vermittelten Kreditgeschäft die Frage nach der Bewertung der Maklerprovision.

---

1) so die Formulierung von Kritikern der neueren Rechtsprechung, Lau/Schulz, ZGesKredW 80, 821
2) siehe oben 2. Kap. A III 1 c, aa, S. 54 ff

Entscheidendes Kriterium ist hier, ob der Vermittler eine zusätzliche Leistung erbringt (1), deren verkehrsüblicher Wert beim Vergleichsmaßstab Eingang finden müßte.

Die besondere Dienstleistung des Maklers wird darin gesehen, daß fachliche Beratung und Unterstützung bis hin zum Hausbesuch gewährt würden, daß aufgrund des eigenen Interesses des Maklers am Vertragsschluß eine intensive Betreuung gewährleistet sei, daß der Kreditinteressent den Weg zur Bank erspare, er vielmehr im Hintergrund bleibe und das persönliche Gespräch am Bankschalter mit möglicherweise unangenehmen Befragungen entfalle (2). Der Kundenkreis der Makler sei in erster Linie serviceorientiert und nehme deshalb höhere Kosten in Kauf. Im übrigen werde die Provision des Wohnungsmaklers auch nicht auf die Miete der vermittelten Wohnung umgelegt, sie sei als eigenständige Leistung anerkannt (3).

Demgegenüber wird eingewendet, daß der Vermittler Teil der Absatzorganisation der Bank sei, um den Kunden besser erreichen zu können (4). Es liege in der Hand der Bank, ob sie Niederlassungen gründe, Außendienstmitarbeiter einsetze oder Vermittler einschalte. Diese Organisationsformen lägen auf einer Ebene, was ausschließe, die Dienste des Vermittlers als über die Kreditvergabe hinausgehende Leistung zu qualifizieren (5). Nach Ansicht des OLG Stuttgart werden

---

1) bejahend z.B. Scholz, BB 74, 1605; ders., MDR 77, 887, 892; ders., FLF 3/80, 96, 97; Kessler, BB 79, 1223, 1224; Zwanzig, BB 80, 1282, 1286; Verneinend z.B. Reich, NJW 77, 637; Hackl, BB 77, 1412, 1414; Lammel, Beil. 8/80, 10; siehe noch Bachmann, NJW 78, 865, 866; differenzierend Winter, NJW 80, 2064, der für eine hälftige Anrechnung plädiert; zur Stellungnahme der Gerichte siehe oben 2. Kapitel A III 1 d, bb, B I, II, V, S. 57 f, 91 ff, 99 ff
2) Zwanzig, a.a.O.; ähnlich Scholz, MDR 77, 892
3) Scholz, FLF 3/80, 97; ders., BB 77, 1425, 1425, FN 3a
4) Lammel, a.a.O., Reifner, Konsumentenkredit, S. 335, Rühle, S. 81 f
5) Lammel, a.a.O.; dahingehend auch der BGH und das OLG Stuttgart, siehe oben 2. Kapitel A III 1 d, bb, S. 57 f, und B V, S. 99 ff

keine Bedürfnisse befriedigt, denen auf dem allgemeinen Markt nicht bereits ein Angebot gegenüberstehe.

Weber sucht einen Kompromiß im Wege der hälftigen Berücksichtigung der Vermittlerkosten (1); ein anderer Vorschlag geht dahin, danach zu differenzieren, ob ein selbständiger Kreditmakler ohne festgelegte Bankverbindung oder ein "Repräsentant" eines Kreditinstitutes tätig geworden ist (2).

Die Argumente, mit denen der besondere Leistungscharakter der Vermittlungstätigkeit begründet werden soll, halten einer kritischen Betrachtung nicht stand. Die Qualität der fachlichen Beratung ist von Bank zu Bank und von Makler zu Makler unterschiedlich; sie dürfte jedoch beim staatlich anerkannten Ausbildungsberuf des Bankkaufmanns, der den Kunden bei Sparkassen und Banken gegenübertritt, in größerem Maße gewährleistet sein als bei Kreditvermittlern, die für das Betreiben des Gewerbes keine fachlichen Kenntnisse nachweisen müssen und nur selten branchenspezifische Vorkenntnisse besitzen (3). Das Streben nach eigenem Gewinn als vorteilhaften Umstand für den Kreditnehmer herauszustellen, verkehrt schlicht die Tatsachen ins Gegenteil. Das Streben nach höchstmöglichen Gewinn führt nicht dazu, daß der Kunde einem preisgünstigen Kreditinstitut zugeführt wird; der Makler wird vielmehr die Bank auswählen, die ihm die höchste Provision gewährt. Der Makler ist, von der Gewinnsituation her betrachtet, auch nicht daran interessiert, den Kunden bei Höhe des Kredites, Laufzeit, monatlicher Belastung oder Fragen der Umschuldung von Altkrediten objektiv und den Umständen des Einzelfalles angepaßt zu beraten; mit der Höhe des Kredites steigt seine Provision. Dabei darf nicht außer acht gelassen werden, daß er allenfalls einen Bruchteil des Verlustrisikos selbst trägt.

Dem "besonderen Service" von Hausbesuchen in der Form von Haustürgeschäften steht das gesetzliche Verbot des § 56 Abs. 1 Nr. 6 Gewerbeordnung (GewO) entgegen. Danach sind im Reisegewerbe, also außerhalb

---

1) a. a. O., wobei er wieder einen Abschlag von einer festen Zinsobergrenze in Höhe von 1 % - Mittelwert soll hier 2 % sein - vornehmen will.
2) Bachmann, a. a. O., S. 866; siehe auch ähnliche Entscheidungen der Untergerichte oben 2. Kap. B I
3) dazu Karbach, S. 17

der Räume der gewerblichen Niederlassung, abgeschlossene oder vermittelte Darlehensgeschäfte nichtig (1). Nach Sinn und Zweck des Gesetzes soll die von Reisegewerbetreibenden aufgesuchte, minderbemittelte Bevölkerung vor der Eingehung unüberlegter Verpflichtungen geschützt werden (2). Rechtlich zulässig sind nur die Kreditverträge, die deshalb in der Wohnung abgeschlossen werden, weil der Vermittler auf Ansuchen des Kunden den Hausbesuch unternommen hat. Soweit dies in Ausnahmefällen zutrifft, hat zuvor bereits ein Kontakt durch den Kunden stattgefunden, der Besuch liegt vor allem im Interesse des Maklers, der den Bewerber "bei der Stange halten" will.

Haustürgeschäfte sind ein Feld für Mißbräuche, insbesondere in der Postkartenwerbung der Vermittler; nicht selten werden auf diese Weise bekanntgewordene Interessenten auch ohne Aufforderung aufgesucht; durch Formulare wird versucht, die Verbotsvorschrift des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO zu umgehen. Eine bewertbare Leistung kann hierin nicht erblickt werden; eine gesondere Honorierung ist im übrigen bei anderen Branchen, so dem Versicherungsgeschäft,auch nicht üblich.

Was den von Scholz (3) angestrengten Vergleich mit dem Wohnungsmakler betrifft, ist zunächst richtigzustellen, daß die Additionsklausel des § 302 a StGB auch beim zivilrechtlichen Mietwucher Anwendung findet. Wenn in dieser Branche durch Einschaltung von Maklern Leistungsmißverhältnisse seltener sind, liegt das im wesentlichen daran, daß es nicht, wie im Kreditgeschäft, üblich ist, neben einer Provision ein nach der Dauer der Mietzeit zu berechnendes "packing" auf die Miete aufzuschlagen. Letztlich mag die Verschaffung einer Wohnung in bestimmter Größe und mit diversen Ausstattungswünschen angesichts bestehender Wohnraumknappheit, vor allem in Großstädten, als bewertbare Leistung angesehen werden; der Kreditmakler verschafft jedoch eine Ware, das Kapital, das von Sparkassen und Banken in Haupt- und Nebenstellen in gleicher Weise mit mindestens ebenbürtigem Service angeboten wird, ohne daß durch eine übermäßige

---

1) BGH WM 78, 875,876 m.w.N.; detailliert auch Hadding, S. 208 f m.w,N.
2) OLG Hamburg NJW 62, 1123; Holschbach NJW 73, 444 ff; Thilenius MDR 77, 803 ff
3) FLF 3/80, 97

Nachfrage Beschränkungen auftreten. Soweit Lammel (1) darauf hinweist, daß der Wohnungsmakler, der mit dem Vertragsgegner wirtschaftlich oder rechtlich verflochten ist, nach § 2 Wohnungsvermittlungsgesetz keinerlei Ansprüche auf Provision hat, kann dies im Vergleich zumindest zu den "Repräsentanten" einer bestimmten Bank herangezogen werden.

Durch die Einschaltung eines Vermittlers erspart die Bank sich die eigene Organisation, z. B. Nebenstellen, und den damit verbundenen erheblichen Aufwand. Das recht beachtliche "packing" (2), das sie dem Makler - in aller Regel verdeckt für den Kunden - zahlt, macht das hohe Eigeninteresse der Bank deutlich (3). Bei Abwägung dieser Umstände kann dem OLG Stuttgart (4) nur zugestimmt werden, daß Kreditmakler keine Leistungen anbieten, denen von anderen Bankengruppen nicht ein Angebot gegenüberstünde.

Eine wesentliche Ursache für das beachtliche Geschäftsvolumen der Makler, ja überhaupt der Teilzahlungsbanken, wird in der "Schwellenangst" eines Teils der Kreditkunden vor Sparkassen und Großbanken gesehen (5). Die verbreitete Ansicht, daß Schulden auch Schuld bedeutet, daß Banken als Institutionen gelten, denen man als Bittsteller ungern entgegentritt, daß Kontrolle und Ablehnung des Kreditwunsches befürchtet werden, verhelfen Maklern und den dahinter stehenden Kreditinstituten zu Marktanteilen, die aufgrund der höheren Kosten ansonsten nicht zu halten wären. Es handelt sich um ein irrationales Moment (6), dessen Ausnutzung Vorteile verschafft, aber keinen Leistungscharakter aufweist.

Die Einschaltung eines Kreditmaklers kann in der Regel nicht als zusätzlich zu bewertende Leistung eingestuft werden. Wie in sonstigen Fällen, verbleibt die Möglichkeit des Einzelnachweises einer konkreten

---

1) BB Beil. 8/80, 10
2) bei einer Laufzeit von 48 Monaten und einem "packing" von 0,2 % p. M. beträgt die Belastung z. B. allein hierdurch 4,7 % p. a.
3) so zutreffend der BGH, siehe oben 2. Kap. A III 1 d, bb
4) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff
5) dazu im einzelnen Karbach, S. 52 f m. w. N.
6) dem Sparkassen und Großbanken in jüngerer Zeit verstärkt entgegentreten, vgl. die Anzeige der Dresdner Bank, oben S. 146 FN 2

Sonderleistung, durch die eine im Falle eines "auffälligen Mißverhältnisses" ausgelöste Vermutungswirkung außer Kraft gesetzt wird; der Wert des gegenüberzustellenden Äquivalentes ist dann entsprechend zu erhöhen und das Verhältnis aller Leistungen erneut zu bestimmen und zu beurteilen.

5. Zusammenfassung

Bei Konsumentenkrediten ist das Leistungsverhältnis in der Weise festzustellen, daß alle dem Darlehensnehmer entstehenden Kosten, einschließlich etwaiger Restschuldversicherungsprämien und Vermittlungsprovisionen, mit Hilfe einer Annäherungsformel in eine Belastung p. a. umgerechnet werden. Da feste Zinsobergrenzen wechselnden wirtschaftlichen Gegebenheiten auf dem Markt nicht Rechnung tragen, ist diesen Kosten das verkehrsübliche Äquivalent gegenüberzustellen.

Die marktüblichen Kreditgebühren können der Statistik der Deutschen Bundesbank, genauer dem monatlich ermittelten Schwerpunktzins, entnommen werden. Hinzugerechnet werden müssen die üblichen Bearbeitungsgebühren in Höhe von 2 %; auch hier sind die Werte formelmäßig in eine Belastung p. a. umzurechnen. Den sonstigen Kosten des Darlehensnehmers, insbesonders durch Vermittlung und Restschuldversicherungsabschluß, steht in der Regel kein zusätzlicher Gegenwert gegenüber; so daß sie keine Berücksichtigung finden.

Letztlich muß das Verhältnis der beiden festgestellten Werte zueinander prozentual (z. B. 50 % über dem verkehrsüblichen Äquivalant) dargestellt werden.

Dem Kreditgeber bleibt unbenommen, zusätzliche Leistungen im Einzelfall nachzuweisen mit der Folge, daß diese beim verkehrsüblichen Äquivalent ergänzend berücksichtigt werden und das Leistungsverhältnis zu seinen Gunsten beeinflussen.

VI. Die Quantifizierung

Nachdem Vergleichsmaßstab und gegenüberstehende Leistungen festgelegt worden sind, kann der Versuch einer quantitativen Konkretisierung unternommen werden, bei der ein Mißverhältnis als auffällig angesehen werden kann und das die Vermutung der Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB auslöst.

1. Vorschläge aus Rechtsprechung und Literatur

Das OLG Stuttgart (1) hat in Anlehnung an die laesio enormis vorgeschlagen, bei einer Differenz von 100 % zwischen den Kosten des zu prüfenden Vertrages und des verkehrsüblichen Äquivalents (2) die Grenze zur Sittenwidrigkeit anzusetzen. Das OLG Hamm (3) hat bei einem Mißverhältnis-Faktor von ca. 2,6 (4) ein "auffälliges Mißverhältnis" bejaht, bei einem Faktor von 1,5 (5) in Zeiten generell niedrigen Zinsniveaus ohne das Vorliegen sonstiger Umstände die Nichtigkeit abgelehnt, bei einem Faktor von 2 die Frage offengelassen.

Heinrichs (6) will angesichts der zurückhaltenden Tendenz des BGH (7) in der Festlegung von Grenzwerten beim Dreifachen des marktüblichen Zinses (8) ein "besonders grobes Mißverhältnis", beim Zweieinhalbfachen (9) ein "auffälliges Mißverhältnis" festmachen. Dabei soll die grob fahrlässige Ausnutzung der schwächeren Lage, die er neben dem "auffälligen Mißverhältnis" fordert, in der Regel erfüllt sein, so daß die ohnehin problematische Unterscheidung zwischen "auffälligem" und "besonders grobem Mißverhältnis" kaum eine Rolle spiele (10).

---

1) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff
2) Grenzwert sind also 200 % des üblichen Äquivalents oder 100 % mehr als das Äquivalent
3) WM 80, 1324, 1325, siehe auch oben 2. Kap. B IV
4) Grenzwert sind dann 260 % des Verkehrswertes oder 160 % mehr als dieser Wert
5) also 150 % des Verkehrswertes oder 50 % mehr
6) in Palandt § 138 Anm. 2 b. bb
7) ablehnend gegenüber OLG Stuttgart jetzt ausdrückl. das Urt. v. 12. 3. 81 - III ZR 92/79
8) also 300 % des Verkehrswertes oder 200 % mehr
9) also 250 % des Verkehrswertes oder 150 % mehr
10) Palandt-Heinrichs a. a. O.

2. Der historische Anknüpfungspunkt

Die laesio enormis (1) hat in der europäischen Rechtsgeschichte eine lange Tradition, die auch im deutschen Recht noch im Preußischen Allgemeinen Landrecht ihre Ausprägung erfahren hat und noch auf den Gesetzgeber des BGB in § 138 Abs. 2 BGB eingewirkt hat. Auch dieser sah im objektiven Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ein Kriterium der Sittenwidrigkeit, wenn auch der Zeitgeist nach zusätzlicher subjektiver Verwerflichkeit verlangte. Zuzugeben ist, daß das "auffällige Mißverhältnis" nicht festgeschrieben worden ist, um dem Richter Flexibilität für den Einzelfall zu gewähren. Dennoch sind die gewachsenen historischen Grundlagen nicht insoweit infrage gestellt worden, daß der Maßstab der laesio enormis als solcher, das Übersteigen des wirklichen Wertes um das Doppelte, ausdrücklich beseitigt werden sollte. Mit anderen Worten, der Konzeption des § 138 Abs. 2 BGB kann nicht entnommen werden, daß bei aller Offenheit der Formulierung die 100-%-Grenze als Anhaltspunkt für ein "auffälliges Mißverhältnis" nicht weiterhin Gültigkeit beanspruchen sollte.

In Anknüpfung an diese historische Basis kann auch heute noch die Schwelle, bei deren Überschreitung ein auffälliges Mißverhältnis zu erwägen ist, beim Doppelten des verkehrsüblichen Wertes fixiert werden (2).

3. Die Eingrenzung

Der gesuchte Richtwert soll eine hohe Richtigkeitsgewähr der aufgestellten Vermutung bieten; die vom Reichsgericht geforderte "Vorsicht und Zurückhaltung" bei der Anwendung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB muß beachtet werden, damit die Schutzfunktion nicht umfunktioniert wird zu einer Preiskontrolle auf dem Markt. Schutz des Schwächeren vor Übervorteilung soll weder den Wettbewerb ausschließen noch Unterschiede nivellieren. Die zweifellos bei direktiver

---

1) siehe oben 3. Kap. A I 1 b, S. 104 ff
2) so ausdrücklich auch Mayer-Maly in MK § 138 Rdnr. 116; vgl. noch Bender NJW 80, 1129, 1133

Rechtsetzung auftretenden Auswirkungen auf den Markt sind nur dann legitim, wenn die Schutzfunktion des § 138 Abs. 1 BGB dies erfordert.

Dem OLG Stuttgart ist bereits zugestimmt worden, daß das Doppelte des verkehrsüblichen Wertes in einem standardisierten Mengengeschäft, wie dem des Konsumentenkredites, und nur hierfür gilt der Richtwert, als Grenze zur Sittenwidrigkeit ein historisch gewachsenes und noch heute verwertbares Kriterium darstellt. Doch ist der Wert in Verbindung mit der vom OLG Stuttgart gewählten Methode Bedenken ausgesetzt. Wird die Verwendung von Annäherungsformeln zur Berechnung der Jahresbelastung befürwortet, ist dennoch die in engen Grenzen bestehende Ungenauigkeit konstatiert worden.[1] Ebenso gewährleistet die Bundesbank-Statistik eine ausreichende Marktübersicht; das schließt nicht aus, daß andere statistische Methoden nicht geringfügig veränderte Daten erbrächten. Die Methoden gewährleisten nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit, daß nicht zumindest das Doppelte des Verkehrswertes überschritten worden ist. Schon dies spricht für eine zusätzliche "Sicherheitsspanne".

In Niedrigzinsphasen kann die Sittenwidrigkeitsgrenze erheblich unter 20 % p. a. sinken, setzt man das Doppelte als den maßgeblichen Wert an. In einigen Prozentpunkten tatsächlich bestehende Unterschiede in der Unkostenstruktur, sei es durch systemimmanente Fehlerquellen oder durch höhere Refinanzierungskosten bedingt (mögen diese auch für den relevanten Markt keine Bedeutung haben), sollten nicht zur Sittenwidrigkeit führen können. § 138 Abs. 1 BGB kann nicht dafür herhalten, den finanzstarken und organisatorisch optimal ausgestatteten Kreditgebern den Markt freizuräumen.

Der von Heinrichs (2) vorgeschlagene Wert, ein "besonders grobes Mißverhältnis", bei dem eine verwerfliche Gesinnung zu bejahen sei, beim Dreifachen des Verkehrswertes anzusetzen, erscheint ebenfalls nicht praktikabel. Bei einer Überschreitung um 200 % wird selbst in Normalzinsphasen Preistreiberei und Maklerwillkür ein zu breiter

1) siehe oben 3. Kap. A V 3, S. 138 f
2) in Palandt § 138 Anm. 2 b, bb

Spielraum gelassen. Der Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung ist insoweit zutreffend, als auch dieser selbst bei Überschreitungen über 200 % die Frage des Mißverhältnisses offengelassen hat (1). Heinrichs übersieht jedoch, daß Untergerichte mit diesem Verhalten des BGH nicht geholfen worden ist (2); er verkennt auch, daß das Gericht sich zu einer engeren Eingrenzung schon deshalb niemals genötigt sah, weil es in allen Entscheidungen die Sittenwidrigkeit aus "sonstigen Umständen" herleiten konnte.

Letztlich besteht für eine Quantifizierung eines "besonders groben Mißverhältnisses" als starrem Wert zur Abgrenzung der Sittenwidrigkeit kein Bedürfnis. Wird das "auffällige Mißverhältnis" mit einer Vermutungswirkung verknüpft, sind sowohl eine schärfere Konturierung der Grenzen als auch die Flexibilität der Generalklausel gewährleistet.

Demgegenüber deckt sich der von Heinrichs bezifferte Wert für ein "auffälliges Mißverhältnis" mit den zuvor dargelegten Erfordernissen. Hier ist sichergestellt, daß die Generalklausel nicht zur Preiskontrolle wird, und dennoch eine wirksame Handhabe bei Mißbräuchen im Konsumentenkreditgeschäft geschaffen wird.

Der Richtwert, dessen Überschreitung die Vermutung der Sittenwidrigkeit auslöst, wird deshalb mit 250 % des verkehrsüblichen Äquivalentes (oder 150 % mehr als das Äquivalent) angesetzt.

Überprüft man diesen Wert anhand der von der Stiftung Warentest im November 1978 durchgeführten Untersuchung (3), gelangt man zu dem Ergebnis, daß keine der von allen Banken und Kreditinstituten angegebenen Gesamtbelastungen (4) die Vermutung der Sittenwidrigkeit auslöst. Von den 38 dargestellten, vermittelten Geschäften ist demgegenüber in mehr als zwei Dritteln der Fälle die Vermutungswirkung gegeben.

---

1) siehe oben 2. Kap. B III 3 f, S. 66 ff
2) dazu oben 2. Kap. B IV, S. 97 ff
3) Test 2/79, 17 ff
4) für einen Kredit in Höhe von DM 5000,- mit einer Laufzeit von 36 Monaten wurden Effektivbelastungen von 7,65 % p.a. bis 21,15 % p.a. berechnet, der Schwerpunktzins der Bundesbank betrug incl. einer hinzuaddierten Bearbeitungsgebühr 8,77 % p.a.; Test 2/79, 17, Monatsberichte 31. Jahrg., Nr. 7, Juli 1979, S. 48

Dieses Ergebnis ist sachgerecht, was an zwei Beispielsfällen verdeutlicht werden kann. Die NKK Bank AG, Hannover, berechnete im Schaltergeschäft einen Effektivzins von 15,89 % p.a. Im vermittelten Geschäft verlangte sie bereits 22,31 % (packing), mit Maklerprovision (nunmehr 25,66 % p.a.) und Restschuldversicherung betrug die Gesamtbelastung 29,46 % p.a. Die WKV Kredit-Bank GmbH, Nürnberg, berechnete im Schaltergeschäft 15,31 % p.a. Im vermittelten Geschäft wurden von ihr 21,79 % gefordert, mit Maklerprovision (nunmehr 25,57 % p.a.) und Restschuldversicherung insgesamt 38,88 % p.a.
In solchen Fällen bewirkt die Vermutung der Sittenwidrigkeit, daß die Bank und nicht der Kunde nachweisen muß, daß besondere Einzelfallrisiken tatsächlich eine Rolle gespielt haben oder teure Restschuldversicherungen dem Kreditnehmer nicht aufgedrängt worden sind. Dies sollte erreicht werden.

In Hochzinsphasen verliert auch der vorgeschlagene Richtwert an Wirkung. Überschreitet der marktüblich geforderte Wert die 15-%-Grenze, wie im Jahre 1980 geschehen, nähert sich auch der Richtwert der 40-%-Marke. Dennoch erscheint eine weitere Differenzierung, z.B. ein Absenken des Richtwertes in Hochzinsphasen, nicht geboten. Zum einen sollte eine praxisgerechte Handhabung nicht unnötig kompliziert gestaltet werden; auch kann und soll nicht verkannt werden, daß jede Maßzahl in bestimmten Größen eine "gegriffene Größe" bleibt, deren Element der Willkür nicht durch das Setzen differenzierter Werte verstärkt werden sollte. Zum anderen besteht auf dem Markt, wie dargelegt (1), in Hochzinsphasen die Tendenz zur Angleichung, sei es, weil Belastungen über 40 % p.a. auch bei unerfahrenen Kunden nicht mehr durchsetzbar sind, sei es, weil die ältere BGH-Rechtsprechung Beachtung gefunden hat. Trotz dogmatischer Bedenken hat die vom BGH gesetzte 40-%-Marke positive Auswirkungen gezeigt; diese Quantifizierung ist auch durch die neuere Rechtsprechung nicht in Zweifel gestellt worden (2). In Hochzinsphasen kann ihr zu dem

---

1) siehe oben 3. Kap. A V 4 a, S. 139 ff
2) siehe oben 2. Kap. A III 3 d, S. 61 ff

hier vorgeschlagenen Richtwert eine ergänzende Funktion zugemessen werden, auf die ausdrücklich hingewiesen wird. Richtwert, tatsächliches Verhalten auf dem Markt und BGH-Quantifizierung gewährleisten in ihrem Zusammenwirken auch in Hochzinsphasen ausreichenden Schutz für den Konsumentenkreditnehmer.

Kurz zusammengefaßt: Es kann vermutet werden, daß ein Konsumentenkredit sittenwidrig ist, wenn der verkehrsübliche Wert auf dem Markt um 150 % überschritten wird. Die ältere BGH-Rechtsprechung, nach der ein Kredit mit einer Gesamtbelastung von 40 % p. a. als sittenwidrig zu qualifizieren ist, ist ergänzend zu berücksichtigen.

4. Ergänzende Feststellungen

a) Das Stadium des Rechtsgeschäftes

Die Richtlinie erfaßt die objektive, massive Äquivalenzstörung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses; sonstige Umstände, z. B. unangemessene Kreditbedingungen für den Fall von Leistungsstörungen im Verlaufe der Vertragsbeziehungen, sind bei Überschreitung des Richtwertes ohne Belang; eine Überprüfung ist in diesen Fällen überflüssig geworden.

b) Der Anwendungsbereich

aa) Erfaßte Rechtsgeschäfte

Die Richtlinie ist entwickelt worden anhand von Rechtsprechung und Literatur sowie anhand von Untersuchungen und Erhebungen zum ratenmäßig rückzahlbaren Barkredit an Konsumenten. Folglich kann sie zunächst für Konsumentenkredite dieser Art Geltung beanspruchen (1).

bb) Persönliche Grenzen des Anwendungsbereiches

(1) Als Kreditgeber erfaßte Personen

---

1) Das schließt nicht aus, daß eine Heranziehung bei anderen Konsumentenkreditarten, z. B. beim Dispositionskredit, erwogen werden kann; hierzu sind über diese Untersuchung hinausgehende Überlegungen erforderlich; einen Überblick über das Spektrum schutzwürdiger Kreditgeschäfte gibt Hadding, S. 79 ff

Zum Kreis der Kreditgeber gehören zunächst die in der Statistik der Deutschen Bundesbank erfaßten Bankengruppen. Außerdem besteht keine Veranlassung, weitere Kreditgeber wie z. B. Vermittler, die in Ausnahmefällen mit eigenem Kapital Kredite vergeben, aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen. Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 2 Nr. 2 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) ist jedes Unternehmen, das durch Gewährung von Gelddarlehen das Kreditgeschäft in einem Umfang betreibt, der "einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert", ein Kreditinstitut. Darüber hinaus sind "Kreditgeber" natürliche oder juristische Personen, die in minderkaufmännischem Umfang Gelddarlehen gewähren (§§ 4 Abs. 1, 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 4 HGB; § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG) (1). Sie alle stellen sich dem einheitlichen Markt der Teilzahlungskredite und müssen dessen Anforderungen gerecht werden. Dies gilt erst recht für diejenigen Vermittler, die das Geschäft "unter der Hand" betreiben.

Als Kreditgeber wird im Ergebnis erfaßt, wer in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit Kredit gewährt (2).

(2) Als Kreditnehmer erfaßte Personen

Der Richtwert findet u. a. seine Rechtfertigung in dem regelmäßig zu vermutenden Machtungleichgewicht zwischen Kreditgeber und dem wirtschaftlich oder rechtsgeschäftlich unerfahrenen Verbraucher. Folglich muß der Personenkreis ausgegrenzt werden, bei dem eine solche Regelvermutung nicht zutrifft.

Hadding (3) hat eine Reihe von Gründen aufgeführt, die eine Abgrenzung in Anlehnung an § 24 AGBG nahelegen. Nach dieser Vorschrift ist das AGBG nur eingeschränkt anwendbar gegenüber Kaufleuten, wenn der Vertrag zum Betriebe ihres Handelsgeschäftes gehört (4).

1) dazu im einzelnen Hadding, S. 110 f
2) so auch Hadding, a. a. O., der zusätzliche Kreditgewährung bei "beruflicher Tätigkeit", z. B. in Ausübung eines freien Berufes, einbezieht; die Frage kann hier nicht abschließend behandelt werden, dürfte in der Praxis auch ohne Gewicht sein.
3) S. 124 ff
4) Der Kreis der Schutzbedürftigen wird also enger eingegrenzt als bei dem rechtspolitisch unbefriedigenden § 8 AbzG; dazu eingehend Hadding, S. 116 ff

Soweit darüber hinaus juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen ausgenommen werden, bedarf deren mangelnde Schutzbedürftigkeit keiner näheren Begründung.
Mit § 24 AGBG hat der Gesetzgeber ein Vorbild errichtet, auf welche Weise der persönliche Schutzbereich abzustecken ist; Veranlassung dazu gegeben haben ersichtlich dieselben Kriterien, nämlich Marktstärke und Rechtserfahrung des AGB-Verwenders. Hinzu kommt, daß der Konsumentenkredit ein "standardisiertes Mengengeschäft" ist, das von Formularverträgen, den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen, sowie einheitlichen bankrechtlichen Sonderbedingungen beherrscht wird. Unter diesen Umständen würde eine veränderte "Weichenstellung" zu Wertungswidersprüchen führen (1). Auch der BGH (2) tendiert bei Feststellung der rechtsgeschäftlichen Unerfahrenheit eines Kreditnehmers zu einer Abgrenzung gegenüber dem kaufmännischen Verkehr.

Erfaßt werden somit neben dem privaten Verbraucher auch nicht kaufmännische Gewerbetreibende, nicht in das Handelsregister eingetragene Land- und Forstwirte, juristische Personen, die keine Handelsgesellschaften sind, sowie nicht eingetragene Vereine und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, die kein minderkaufmännisches Gewerbe betreiben. Sofern diese Beteiligten als Kreditnehmer auftreten, besteht der Verwendungszweck in der Regel nicht in einer gewerblichen oder beruflichen Bedarfsdeckung, Kreditgeschäfte liegen außerhalb ihrer alltäglichen Tätigkeit, so daß es an rechtsgeschäftlicher Erfahrung ebenso wie bei privaten Verbrauchern überwiegend fehlen wird (3).

Umstritten ist im Rahmen der Überlegungen einer einschränkenden Vorschrift für ein zu schaffendes Konsumentenkreditgesetz im wesentlichen auch nur die Einbeziehung der freien Berufe in den Schutzbereich, wie im AGBG geschehen (4). Hier muß daran erinnert werden,

---

1) Hadding, a. a. O.
2) siehe oben 2. Kap. A VI 2, S. 81
3) Hadding, S. 129 f; ebenso von Marschall, Gutachten, S. 153 f
4) dafür: Hadding, a. a. O.; von Marschall, a. a. O.; vgl. dagegen die ablehnende Beschlußfassung des DJT 1980, dazu oben 1. Kap. C III, S. 47

daß bereits die fachliche Überforderung die Schutzbedürftigkeit begründet. Bei den freien Berufen ist aber keineswegs der versierte Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt der typische Repräsentant; bei Künstlern, Ärzten, freien Journalisten und Schriftstellern kann rechtsgeschäftliche Erfahrung in Bankdingen keineswegs vorausgesetzt werden. Nicht einzusehen ist auch, warum für die Frau eines Arztes, die im Namen ihres Mannes einen Kredit abschließt, andere Kriterien gelten sollen als für die Frau eines Ministerialrats (1).

Im übrigen geht es bei der hier zu treffenden Eingrenzung nicht um starre gesetzliche Regelungen de lege ferenda, sondern um die Aufstellung einer Vermutungswirkung. Besondere Umstände des Einzelfalls, die eine differenzierte Beurteilung erforderlich machen, können bei entsprechendem Nachweis die Vermutung entkräften, so daß Spekulationskredite eines Rechtsanwaltes, um ein Beispiel zu nennen, durchaus einer sachgerechten Entscheidung zugeführt werden können.

Im Ergebnis gilt der Richtwert für alle Teilzahlungsbarkredite zwischen gewerblichen Kreditgebern und Kreditnehmern, soweit diese nicht Kaufleute i. S. d. §§ 1 - 6 HGB sind und der Kreditvertrag zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehört (2).

B. Äquivalenzstörung und "sonstige Umstände"

Kritischer Betrachtung bedarf noch die in der neueren Rechtsprechung ständig gehandhabte Praxis des BGH (3), bei dem Vorliegen "sonstiger Umstände" neben einer hohen Verzinslichkeit dem Kreditvertrag ein "sittenwidriges Gepräge" zuzusprechen mit der Folge der Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB.

---

1) so zutreffend Hadding, S. 130
2) so auch Hadding, S. 131
3) siehe oben 2. Kap. A IV, S. 68 ff

I. Die Anwendbarkeit der Generalklausel

Die vom BGH in die Bewertung einbezogenen "sonstigenUmstände" sind unter den Oberbegriffen "Zusatzbelastungen" und "mangelhafte Vertragstransparenz" zusammengefaßt worden (1).

Bis auf wenige Ausnahmen, wie z. B. die Nichtaufklärung über günstigere Konstellationen der Restschuldversicherung, handelt es sich um Umstände, die Angemessenheit, Übersichtlichkeit und Aufmachung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen betreffen.

Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, unterfallen gemäß dessen § 1 dem Anwendungsbereich des AGBG, das als lex specialis die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ausschließen könnte. Dies hätte zur Folge, daß überraschende (§ 3 AGBG) oder unangemessene Klauseln (§§ 9 ff AGBG) unwirksam wären, der Vertrag als solcher aber bis auf unzumutbare Härtefälle (§ 6 Abs. 3 AGBG) wirksam bliebe (§ 6 Abs. 1 AGBG) (2). In den vom BGH entschiedenen Fällen war das AGBG noch nicht anwendbar; doch hat die Frage für die Zukunft grundsätzliche Bedeutung.

Nach herrschender Meinung in der Literatur ergeben sich die Maßstäbe für die Wirksamkeit in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltener Vertragsbestimmungen im Blick auf ihren Gehalt am angemessenen Interessenausgleich zunächst aus §§ 9 - 11 AGBG. Sind bei Anwendung der §§ 9 - 11 AGBG die Klauseln wirksam, so scheidet die Anwendung des § 138 BGB ebenso aus, wie wenn sich umgekehrt aus §§ 9 - 11 AGBG die Unwirksamkeit ergibt (3). Auch der BGH hat die Möglichkeit der Teilunwirksamkeit ausdrücklich angeführt (4).

---

1) siehe oben 2. Kap. A VIII, S. 88 ff
2) so ausdrücklich Münstermann FLF 5/80, 217 f; vgl. auch Löwe, NJW 80, 2078, 2079
3) Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, § 9 Rdnr. 36 unter Hinweis auf Schmidt-Salzer NJW 71, 1034; Kötz in MK, vor § 8 AGBG, Rdnr. 7; Palandt-Heinrichs Vorb. v. § 8 AGBG Anm. 4; Staudinger-Dilcher, § 138 Rdnr. 10
4) dazu oben 2. Kap. A VII 1, S. 83 ff

Allgemein anerkannt ist die Anwendung des § 138 BGB neben dem AGBG, wenn die Sittenwidrigkeit sich aus anderen als den in §§ 9 ff AGBG genannten Gründen ergibt, so etwa dann, wenn sie auf eine sittenwidrige Benachteiligung Dritter (Verleitung zum Vertragsbruch, Gläubigergefährdung) abzielen (1). Brandner (2) versteht gar die Regelungen des AGBG nicht als Sondervorschriften zu § 138 BGB im eigentlichen Sinne. § 138 BGB, der auch bei Sittenwidrigkeit einzelner Vertragsbestimmungen gelte (arg. § 139), sei grundsätzlich anwendbar, wenn eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders so schwerwiegend benachteilige, daß die Vertragsbestimmungen gegen die guten Sitten verstießen (3).

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH, nicht nur zum Konsumentenkredit (4), im Rahmen der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB eine Gesamtbetrachtung von Inhalt, Zweck und allen Geschäftsumständen vorzunehmen. In den den neueren BGH-Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten mußten Unangemessenheit von Klauseln u n d hohe Verzinslichkeit, gegebenenfalls neben weiteren Umständen, beurteilt werden. Es fließen damit Kriterien in die Prüfung ein, die jenseits des Anwendungsbereichs des AGBG angesiedelt sind. Wendet man vorrangig das AGBG mit der Folge der Teilunwirksamkeit an, wird die bei § 138 Abs. 1 BGB geforderte Gesamtbetrachtung unmöglich gemacht. Durch das AGBG soll aber eine über den Anwendungsbereich hinausgehende Überprüfung nicht behindert werden. Sinn und Zweck dieses Schutzgesetzes ist nicht, den sittenwidrig handelnden AGBG-Verwender in der Weise zu bevorteilen, daß durch eine staffelmäßig vorgenommene Prüfung die Wirksamkeit eines Vertrages erhalten bleibt, während in sonstigen Fällen die für die Sittenwidrigkeit relevanten Umstände kumulative Bewertung erfahren.

Stellungnahmen in der Literatur zu dieser Frage fehlen noch (5). Die

---

1) Kötz, a.a.O.; Staudinger-Dilcher, a.a.O.; Palandt-Heinrichs, a.a.O.; Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG § 9 Rdnr. 36
2) in Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG § 9 Rdnr. 36; so auch Graba in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG § 9 Rdnr. 8 m.w.N.
3) a.A. Staudinger-Schlosser, § 9 AGBG, Rdnr. 10 mit beachtlichem Hinweis auf das unsachgemäße Ergebnis einer Anwendung des § 139 BGB
4) siehe schon oben 1. Kap. A I 1 a, S. 3 ff
5) zustimmend ohne Begründung allerdings schon Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 8 AGBG Anm. 4

herrschende Meinung geht jedoch auch davon aus, daß beispielsweise die Tatbestandserfüllung des § 123 BGB nicht daran hindert, außerdem die Sittenwidrigkeit des § 138 BGB zu bejahen, wenn weitere Umstände zu der durch arglistige Täuschung bewirkten Willensbeeinflussung hinzukommen (1). Es kann deshalb vermutet werden, daß die neuere Rechtsprechung insoweit Zustimmung erfahren wird, als Klauseln in Verträgen, die gegen das AGBG verstoßen, als ein Kriterium neben weiteren in die Gesamtwürdigung im Rahmen der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB einbezogen werden können.

Dies muß letztlich ebenso für die Verletzung von Aufklärungspflichten gelten, bei denen eine Anwendung der culpa in contrahendo infrage kommt (2).

II. Die Kritik an der neueren Rechtsprechung

Der BGH hat eine Vielzahl von Umständen aufgeführt, die neben der Äquivalenzstörung, wurde diese auch noch nicht als "auffälliges Mißverhältnis" qualifiziert, Relevanz erlangten.

1. Inhaltliche und äußere Ausgestaltung des Formularvertrages und der Kreditbedingungen

Bei der inhaltlichen Abfassung der Kreditbedingungen werden Verzugsregelungen, Regelungen über die vorzeitige Fälligstellung des Kredites nebst Folgenregelungen, Regelungen über die Kreditgebührenrückvergütung, aber auch über Zinsanpassung und Beweislastverteilung gerügt (3).

Dabei fällt die eher summarische und pauschale Darstellung ohne Auseinandersetzung mit dem AGBG bzw. den zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ins Auge. Zwar soll die Gesamt-

---

1) RGZ 72, 116; 114, 338, 442; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 56; Staudinger-Dilcher § 138 Rdnr. 120 m.w.N., der als Begründung auf den Grundsatz der Doppelwirkung im Recht verweist; siehe hierzu auch Staudinger-Dilcher Vorb. 80 zu § 104 m.w.N. und die abweichende Meinung von Erman-Westermann § 138 Rdnr. 7

2) Hier kann als Beispiel die fehlende Aufklärung über günstigere Konditionen der Restschuldversicherung genannt werden.

3) siehe oben 2. Kap. A IV 1, S. 68 ff

würdigung des Vertrages in jedem Einzelfall die kritische Betrachtung aller Aspekte ermöglichen; gefordert ist bei § 138 Abs. 1 BGB auch keineswegs, daß jeder relevante Umstand in einem Verstoß gegen Rechtsnormen bestehen muß. Doch gebietet die Rechtssetzung in einem standardisierten Mengengeschäft aus Gründen der Rechtssicherheit klare Abgrenzungen und ein gewisses Maß an Konkretisierung (1).

Bei der Beurteilung allgemeiner Geschäftsbedingungen ist zu beachten, daß der Gesetzgeber nunmehr mit Schaffung des AGBG eine Bewertung vorgenommen hat. In einem solchen Fall ist allerdings zu fordern, daß ein Gericht sich über die gesetzlichen Vorgaben nicht hinwegsetzt. Steht beispielsweise eine Verzugsfolgenregelung bezüglich ihrer inhaltlichen Angemessenheit mit §§ 9 ff AGBG in Einklang, kann ein Gericht diese Klausel nicht als "sonstigen Umstand" vermerken, da ansonsten die gesetzliche Grenzziehung unterlaufen würde (2). Das AGBG erfaßt auch die Fälle, in denen einzelne Klauseln für sich einer Kontrolle standhalten, in ihrem Zusammenwirken aber unangemessen und damit (teil-)unwirksam sind (3). Auch, was Aufbau, Übersichtlichkeit, Verständlichkeit und überraschenden Inhalt von Kreditbedingungen betrifft, hat das AGBG Wertungen getroffen. § 2 mit der Folge der Nichteinbeziehung kommt in Betracht, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen Art und Größe nur mit Mühe zu entziffern sind, wenn sie wegen fehlender Gliederung und infolge ihrer Unübersichtlichkeit aus sich heraus nicht verständlich sind (4); objektiv ungewöhnliche Klauseln, mit denen der Vertragspartner des Verwenders nicht zu rechnen brauchte, werden von § 3 AGBG erfaßt, unklare Regelungen behandelt § 5 AGBG. Besonderheiten für die Heranziehung des § 138 Abs. 1 BGB ergeben sich auch nicht deshalb, weil Kreditgeber sich (auch) an geschäftsunerfahrene und rechtsunkundige Kreditnehmer richten. Gerade für diesen Adressatenkreis ist das AGBG als Schutzgesetz konzipiert worden.

---

1) siehe oben 3. Kap. A III, S. 114 ff
2) vgl. Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, § 9 Rdnr. 36
3) Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG § 9 Rdnr. 68; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9 Rdnr. 52
4) Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG § 9 Rdnr. 38

Angesichts dieser Vorgaben ist es unerläßlich, daß sich ein Gericht mit dem AGBG auseinandersetzt, will es Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen als "sonstige Umstände" in die Würdigung des § 138 Abs. 1 BGB einbeziehen. Wenn in der neueren Rechtsprechung Verträge untersucht werden, die vor dem 1.4.1977, dem Tag des Inkrafttretens des AGBG, abgeschlossen worden sind, hätte sie hier zumindest eines Eingehens auf die zuvor von der Rechtsprechung selbst entwickelten Grundsätze zum AGB-Recht bedurft. Die gehandhabte Methode des BGH, nach Aufzählung diverser Klauseln von einem "sittenwidrigen Gepräge" des Vertrages zu sprechen, erinnert fatal an den Verweis auf das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden". Hier wie dort wird die Entscheidung auf eine außerrechtliche Ebene gelenkt, die das Gericht einer Überprüfung nach innerrechtlichen Maßstäben enthebt.

Die Ausfüllung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB hat sich nach dem "ordre public" auszurichten. Für nach dem 1.4.1977 abgeschlossene Verträge gilt unumschränkt, daß unangemessene Klauseln nur dann "sonstige Umstände" im Rahmen der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB sind, wenn sie einzeln oder in ihrem Zusammenwirken gegen §§ 9 ff AGBG verstoßen, daß objektiv ungewöhnliche Klauseln an § 3 AGBG gemessen werden müssen. Bei mehrdeutigen Klauseln bedarf es der Klarstellung, daß im Einklang mit der gesetzlichen Wertung des § 5 AGBG die negative Beurteilung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB erfolgt, ebenso, wenn die Anwendung des § 2 AGBG infrage steht. Ist ein Gericht der Meinung, daß besondere Sittenwidrigkeitsmomente in allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ohne Rücksicht auf die Wertungen des AGBG rechtfertigen, was zweifelhaft ist, so muß es in jedem Fall eine Grenzziehung zu diesem Gesetz vornehmen, diese begründen und damit nachvollziehbar machen (1).

Mit einer Fortentwicklung der BGH-Rechtsprechung in diesem Sinne wäre ein entscheidender Schritt zu weiterer Konkretisierung und damit

---

1) dahingehend auch Löwe NJW 80, 2078, 2079

größerer Rechtssicherheit getan. Die kontroverse Rechtsprechung der Untergerichte (1) zu einer Vielzahl von Einzelregelungen in Kreditbedingungen könnte zudem einer Vereinheitlichung zugeführt werden. AGB-Verwender würden zu einer Anpassung der Klauseln an die Rechtslage befähigt. Letztlich würden Ausuferungen in der BGH-Rechtsprechung Grenzen gesetzt. Kaum anders kann z.B. die Rüge des BGH (2) bezeichnet werden, daß Zusatzbelastungen in Kreditbedingungen auf der Rückseite des Kreditvertrages abgedruckt worden seien. Sieht sich ein Gericht genötigt, die Frage der Einbeziehung der Klauseln gem. § 2 AGBG oder die Regelung überraschender Klauseln gem. § 3 AGBG zu überprüfen, wird es dieses in nahezu allen Branchen der Wirtschaft übliche Vorgehen wohl kaum als "sonstigen Umstand" anführen können.

Eine detaillierte Darstellung und Würdigung der in der Teilzahlungs-Branche verwendeten Kreditbedingungen hat in jüngster Zeit Hadding (3) abgegeben. Dies soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht erneut geschehen, zumal mit Fragen des AGB-Rechtes die hier relevante Thematik verlassen würde.

2. Die Nichtangabe des effektiven Jahreszinses und weitere Aufklärungsdefizite

a) Der Verstoß gegen die Preisangabenverordnung

Die Preisangabenverordnung ist eine öffentlich-rechtliche Vorschrift, die keine zivilrechtlichen Sanktionen auslöst. Mit Recht hat der BGH unter Hinweis auf Entstehungsgeschichte und spezialgesetzlichen Charakter eine analoge Anwendung des § 1 a Abs. 3 AbzG bei Nichtangabe des Effektivzinssatzes abgelehnt (4). Die gesetzliche Konzeption kann auch nicht, wie vom OLG Stuttgart (5) unternommen, durch Anwendung der c.i.c. umgangen werden (6).

---

1) siehe oben 2. Kap. 3 III; Hadding, S. 257 ff m.w.N.
2) NJW 80, 2074, 2076, siehe oben 2. Kap. A IV 2, S. 74
3) S. 257 ff, mit detaillierten Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur
4) siehe oben 2. Kap. A IV 3 a, bb, S. 76 f
5) siehe oben 2. Kap. B V, S. 99 ff
6) Die Frage bedarf hier keiner Vertiefung; vgl. allgemein Hartwieg, JuS 73, 733 ff

Dies hindert jedoch nicht, die entgegen gesetzlicher Verpflichtung unterlassene Aufklärung über den effektiven Jahreszinssatz als "sonstigen Umstand" i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB zu bewerten. Die Nichtangabe hat eine Verschleierung der tatsächlichen Belastung zur Folge, die den Kreditnehmer zusätzlich benachteiligt. Die Bußgeldbewehrtheit eines Verstoßes macht deutlich, daß die Rechtsordnung dies mißbilligt, mithin die Berücksichtigung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB sich durchaus in den "ordre public" einpaßt.

b) Die Aufklärung über ein "packing"

Diffiziler ist die Bewertung des Vorgehens des BGH, die mangelnde Aufklärung über das intern zwischen Bank und Vermittler vereinbarte "packing" zu monieren (1).

Es ist festgestellt worden (2), daß die Einschaltung eines Kreditmaklers keine zusätzliche Leistung beinhaltet, die von Banken und Sparkassen nicht angeboten wird. Die Kosten des Maklers, sowohl Vermittlungsgebühr als auch "packing", schlagen bei Prüfung des Äquivalenzverhältnisses voll zu Lasten des Kreditgebers zu Buche. Die Postulierung einer entsprechenden Aufklärungspflicht stellt sich danach als Offenbarungspflicht der inneren Kostenstruktur dar, für die eine rechtliche Legitimation nicht ersichtlich ist. Zudem würde das "packing" innerhalb der Gesamtbetrachtung nach § 138 Abs. 1 BGB doppelte Würdigung erlangen, einmal als Faktor der Äquivalenzstörung, zum anderen als "sonstiger Umstand". Dies läßt eine Berücksichtigung des "packing" nicht geboten erscheinen.

c) Der Hinweis auf günstigere Konditionen der Restschuldversicherung

Differenziert betrachtet werden muß die Entscheidung des BGH, die Nichtaufklärung über günstigere Konstellationen der Restschuldversicherung negativ anzumerken (3). Den Kosten der Restschuldversicherung steht in der Regel ein relevanter Gegenwert nicht gegenüber, so daß das verkehrsübliche Äquivalent als Vergleichsmaßstab

---

1) siehe oben 2. Kap. A IV 4 a, S. 77 f
2) siehe oben 3. Kap. A V 4 b, ee, S. 161 ff
3) siehe oben 2. Kap. A IV 4 b, S. 78

durch den Abschluß einer Versicherung keine Veränderung erfährt. Auch in diesem Fall werden diese Kosten zu Lasten des Kreditgebers bereits im Rahmen des Äquivalenzverhältnisses beurteilt, ebenso wie beim "packing" bedeutet eine Aufklärungspflicht Zwang zur Offenlegung der Kostenstruktur.

Andere Kriterien gelten allerdings, wenn - nach entsprechendem Nachweis des Kreditgebers (1) - Restschuldversicherung samt Gegenwert in die Gesamtwürdigung nach § 138 Abs. 1 BGB einfließen. Hier kann durchaus erwogen werden, ob die dem Kreditnehmer vermittelte Leistung unter Verletzung von Aufklärungspflichten zustande gekommen ist, die als "sonstige Umstände" beachtet werden müssen. Doch kann dies, wie in anderen Fällen, nicht geschehen, ohne die Einpassung in den "ordre public" geprüft zu haben. Bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten wird der Anwendungsbereich der c. i. c. tangiert, über die eine umfangreiche Rechtsprechung existiert. Je nach Inhalt, Umfang und Art des Geschäftes sowie dem Aufklärungs-und Schutzbedürfnis des Vertragspartners hat der BGH selbst Maßstäbe für Aufklärungspflichten präjudiziert. Ausgehend von Offenbarungspflichten beim finanzierten Kauf (2) hat das Gericht in jüngerer Zeit auch Pflichten beim Bar- oder Personalkredit entwickelt (3).

Der BGH muß klarstellen, ob und in welchem Umfang diese gezogenen Grenzen auch für § 138 Abs. 1 BGB gelten, ob sie eingehalten worden sind, oder ob sie im Einklang mit der Rechtsprechung zur c. i. c. überschritten worden sind. Will er andere Grenzen ziehen, muß er darlegen und begründen, daß es tatsächlich möglich ist, bei dem selben Vertrag eine Aufklärungspflicht zu bejahen und zu verneinen, je nachdem, ob § 138 Abs. 1 BGB oder c. i. c. geprüft werden. Allein ein solches Vorgehen gewährleistet auch die notwendige Transparenz höchstrichterlicher Rechtsprechung.

---

1) siehe oben 3. Kap. A V 4 b, dd, S. 155 ff
2) BGHZ 33, 293, 296; 47, 207, 211; WM 78, 459
3) BGH WM 79, 1035, 1037

3. Das Zusammenwirken von Äquivalenzstörung und "sonstigen Umständen"

a) Der Begriff des "auffälligen Mißverhältnisses"

In allen neueren Entscheidungen zum Konsumentenkredit hat der BGH zunächst und mit entscheidendem Gewicht die hohe Verzinslichkeit des Darlehens herausgestellt. Das Vorliegen eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen den entgeltlichen Leistungen bei vertragsgemäßer Abwicklung hat er verneint oder die Frage offengelassen. Erst das Hinzutreten "sonstiger Umstände" hat die Sittenwidrigkeit ausgelöst, wobei nicht deutlich wird, ob ein "auffälliges Mißverhältnis" auch durch Zusatzbelastungen in Kreditbedingungen begründet werden kann (1).

Zunächst sollte klargestellt werden, daß der Begriff des "auffälligen Mißverhältnisses" nur auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei vertragsmäßiger Abwicklung angewendet werden kann. Jede Ausdehnung des Begriffes in der Art, daß Zusatzbelastungen bei Vertragsstörungen oder gar "sonstige Umstände" ohne entgeltlichen Charakter in Verbindung mit hoher Verzinslichkeit zu einem "auffälligen Mißverhältnis" führen, sprengt die in ständiger Rechtsprechung verwendete Definition und ist mit dem Leistungsbegriff, soweit erfüllungsuntaugliche Umstände einbezogen werden, nicht mehr vereinbar. Die eher vagen Formulierungen des BGH sind einer klaren Abgrenzung nicht förderlich.

b) Die Quantifizierung der Äquivalenzstörung

Der BGH geht davon aus, daß ein "auffälliges Mißverhältnis" in eben definiertem Sinne nicht in jedem Fall Voraussetzung für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ist, ausreichend sind hohe Verzinslichkeit und "sonstige Umstände". Hier bedarf es der Grenzziehung, wann diese unterhalb des "auffälligen Mißverhältnisses" festzumachende Äquivalenzstörung ihren Charakter als ein Element der Sittenwidrigkeit verliert.

---

1) siehe oben 2. Kap. A V, S. 79 f

Dem Gericht ist zuzustimmen, daß eine drückende Belastung weit oberhalb des Marktpreises im Zusammentreffen mit einseitig festgelegten, unangemessenen und dem Rechtslaien schwer verständlichen Kreditbedingungen eine durch Machtungleichgewichte zustandegekommene vertragliche Regelung offenbaren, die als Mißbrauch der Vertragsfreiheit nicht hingenommen werden kann.

Nicht jeder überhöhte Preis kann aber Bewertungskriterium für § 138 Abs. 1 BGB sein. Einerseits dürfen die Grenzen zum ausschließlichen Anwendungsbereich des AGBG nicht verwischt werden, andererseits führt dies in die Nähe einer Preiskontrolle. Der ein paar Prozentpunkte über dem üblichen liegende Kreditvertrag kann nicht an § 138 Abs. 1 BGB gemessen werden, während der übliche nur den Rechtsfolgen des AGBG ausgesetzt ist. Nur wenn Äquivalenzstörung und "sonstige Umstände" zumindest gleichgewichtig in der Bewertung sind, kann dem Element des Leistungsmißverhältnisses noch eigene Bedeutung zugemessen werden. Ein Richtwert ist unterhalb der "Schwelle" zum "auffälligen Mißverhältnis", dem Doppelten des Marktpreises, aber weit oberhalb des verkehrsüblichen Äquivalentes anzusetzen. Ein Richtwert, wiederum in Grenzen eine "gegriffene Größe", könnte die Überschreitung des verkehrsüblichen Äquivalents um 75 % sein; erst dann sollte die Äquivalenzstörung als solche bezeichnet werden und bei § 138 Abs. 1 BGB Berücksichtigung finden.

Unterhalb dieser Marge gelten allein die spezialgesetzlichen Regelungen. Möglicherweise greift auch eine andere Fallgruppe des § 138 Abs. 1 BGB ein, die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit wegen einer Äquivalenzstörung ist jedoch ausgeschlossen (1).

c) Exkurs: Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB wegen insgesamt unangemessener Kreditbedingungen

Am Rande sei vermerkt, daß die Formulierung des BGH in der neueren

---

1) Überprüft man diesen Richtwert anhand der von der Stiftung Warentest durchgeführten Untersuchung, Test 2/79, 17 ff, ergibt sich bei ca. einem Viertel aller Banken und Sparkassen eine Äquivalenzstörung, allerdings bei ca. der Hälfte der angeführten Teilzahlungsbanken. Im vermittelten Geschäft liegt bei mehr als vier Fünftel der Fälle eine Äquivalenzstörung vor.

Rechtsprechung (1), die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit resultiere allein auch aus den Umständen, wie der Vertrag mit seinem unangemessenen Inhalt zustande gekommen sei, auf rechtliche Bedenken stößt. In der Entscheidung aus dem Jahre 1968 (2), auf die verwiesen wird, waren bei einem Automatenaufstellvertrag eine Vielzahl von Klauseln in den AGB unangemessen und damit unwirksam, ohne daß auf gesetzliche Dispositivregelungen zurückgegriffen werden konnte. Das Gericht sah sich nicht in der Lage, den Vertrag in seinem wesentlichen Inhalt auf dem Wege der Vertragsergänzung nach den mutmaßlichen Vorstellungen redlicher Vertragspartner neu zu gestalten, ihm einen neuen Inhalt zu geben, und hat deshalb Gesamtnichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB angenommen (3). In einer späteren Entscheidung (4) hat der BGH noch einmal ausdrücklich hervorgehoben, daß er sich nicht als befugt angesehen hat, den Vertragsparteien die von ihm für richtig gehaltene Vertragsgestaltung aufzudrängen.

In Konsumentenkreditverträgen stehen für die überwiegende Zahl von Klauseln in den Kreditbedingungen, wie Kündigung, Verzug, Beweislaständerungen, dispositive Regelungen zur Verfügung, so daß sich die Sachlage grundlegend anders darstellt. Seit Inkrafttreten des AGBG regelt überdies § 6 Abs. 3 AGBG innerhalb des AGB-Rechts die Frage der Gesamtnichtigkeit, so daß die Heranziehung des § 138 Abs. 1 BGB allein deshalb fraglich geworden ist.

d) Die Handhabung

Zwischen den gesetzten Richtwerten für die Äquivalenzstörung und für das "auffällige Mißverhältnis" bedarf es der Einzelfallprüfung, ob "sonstige Umstände" von ausreichendem Gewicht festzustellen sind, die die Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen.

Eine Standardisierung ist bei der Vielfalt der möglichen Umstände nicht durchführbar. Allgemein kann nur gesagt werden, daß bei

---

1) siehe oben 2. Kap. A VII 1 b, S. 85 f
2) Z 51, 55 ff
3) BGHZ 51, 55,59; vgl. Ulmer-Brandner-Hensen, § 9 Rdnr. 36; Kötz in MK § 6 AGBG Rdnr. 22 u. FN 8
4) BGH NJW 70, 29,30

Überschreitung der Grenze zur Äquivalenzstörung noch erhebliche zusätzliche Kriterien vorliegen müssen; je näher das Leistungsverhältnis an die Grenze zum "auffälligen Mißverhältnis" rückt, desto niedriger können die Anforderungen angesetzt werden.

C. Die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB

Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur (1) lehnen es ab, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB eine Rückführung der Kreditkosten "auf ein vertretbares Maß" durch richterliche Vertragsgestaltung entsprechend § 139 BGB vorzunehmen.

Anders als bei Bierlieferungsverträgen, die allein wegen der zeitlich überlangen Bezugsbindung gegen § 138 Abs. 1 BGB verstießen und die mit kurzen "angemessenen" Laufzeiten vom BGH (2) aufrechterhalten worden sind, ist eine Abteilung der Vertragsbestimmungen, die den Vertrag zum sittenwidrigen machen, dann nicht möglich, wenn der sittenwidrige Inhalt nicht eindeutig ausgeschieden werden kann (3). Dies ist bereits dann der Fall, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus einer Gesamtwürdigung von Äquivalenzstörung und "sonstigen Umständen" ergibt (4).

Aber auch wenn die massive Äquivalenzstörung allein für die Sittenwidrigkeit ausschlaggebend ist, kann der Einklang mit der Rechtsordnung nur durch rechtsgestaltende Veränderung des wirtschaftlichen Gehaltes des Geschäftes hergestellt werden. Diese Rechtslage steht in Widerspruch zu § 138 BGB (5), dessen Sanktion im Gesetz ausdrücklich definiert ist. Die Generalklausel als Schutzvorschrift vor Mißbräuchen der Vertragsfreiheit entfaltet ihre Wirkung gerade durch ihren präventiven Charakter, der seine Bedeutung verliert, wenn der

---

1) siehe oben 1. Kap. A III und 2. Kap. A VII 2, S. 31 f, 86 f
2) z.B. NJW 74, 2089; WM 75, 850, 851
3) BGH NJW 79, 1605, 1609
4) Hadding, S. 227
5) so ausdrücklich BGHZ 68, 204, 207; siehe oben 2. Kap. A VII 2, S. 86 f

Kreditgeber schlimmstenfalls eine Herabsetzung der Gegenleistung auf ein vertretbares Maß befürchten muß (1).

Man sollte auch erkennen, daß mit einer solchen Teilnichtigkeit dem bewucherten Darlehensnehmer ein Kreditvertrag zwar zu angemessenen Bedingungen, aber gleichwohl aufgedrängt wird (2).

Die bisherige Rechtsprechung sollte deshalb aufrecht erhalten bleiben. Auch die in der Literatur geäußerten Bedenken (3) zur Anwendung des § 817 S. 2 BGB bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Darlehens rechtfertigen nicht das Ergebnis, daß, wie von Medicus (4) gefordert, durch eine angemessene Vergütung für die Zeit der Kapitalnutzung eine Übermaßbeseitigung erfolgt und die Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB auf diesem Wege abgemildert wird (5).

---

1) so auch BGHZ 68, 204, 207; NJW 79, 1605, 1606; Hadding, a. a. O.
2) Hadding, a. a. O.; Rühle, S. 64, 70, verlangt deshalb ein Wahlrecht des Schuldners; siehe hierzu die Kritik von Hadding, S. 231 ff
3) vor allem von Honsell, S. 17 ff, 21 ff, 58 ff m. w. N.; siehe oben 1. Kapitel A III, S. 31 f
4) Rdnr. 700 m. w. N.
5) so auch Hadding, S. 233

Literaturverzeichnis

Arzt	Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden Diss., Tübingen 1962
Bachmann	Die Restforderung der Teilzahlungsbank gegen den säumigen Schuldner, NJW 1978, 865 ff
Bachmann	Die Nichtigkeit von Teilzahlungskrediten nach der neueren Rechtsprechung und ihre Folgen, NJW 1979, 2082 f
Bähre	Teilzahlungsgeschäft im Wandel, TW 1/1980, 3 ff
Bartholomeyczik	Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30 ff
Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann	Zivilprozeßordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 38. Aufl., München 1980
Baur	Der Gedanke der "Einheitlichkeit der Rechtsprechung", JZ 1953, 326 ff
Belke	Die Strafzinsen im Kreditgewerbe - ihre Begrenzung aus dem Zinseszinsverbot und ihr Verhältnis zu den gesetzlichen Verzugsfolgen, BB 1968, 1219 ff
Bender	Probleme des Konsumentenkredits, NJW 1980, 1129 ff
Blomeyer	Zivilprozeßrecht. Vollstreckungsverfahren, Berlin 1975
Boehmer	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch, Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950

Brecher — Das Arbeitsrecht als Kritik des bürgerlichen Rechts, in: Festschrift für Molitor, S. 35 ff, München u. a. 1962

Bufe — § 817 S. 2, AcP 157 (1957), 215 ff

Bulling — Entscheidungshilfen der Diskriminanzanalyse bei der Gewährung von Konsumentenkrediten und gewerblichen Krediten, Diss., Berlin 1976

Buß — Auswirkungen des § 247 BGB auf die Zinsen bei Ratenkrediten, NJW 1977, 1520 f

Canaris — Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung, NJW 1978, 1891 ff

Coing — Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", NJW 1947/48, 213 ff

Coing — Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Festschrift Doelle, Band 1, S. 25 ff, Tübingen 1963

Dahm — Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, Stuttgart 1951

Dekkers — La Lésion énorme, introduction à l'histoire des sources du droit, Paris 1937

Diesselhorst — Grotius' Lehre vom Versprechen der Rechtsübertragung, Köln u. a. 1959

Dittrich — Der Darlehensvertrag in seiner rechtlichen Ausgestaltung, Diss., Marburg 1978

Droste	Die Umfrage als notwendige Erkenntnisquelle des unlauteren Wettbewerbs, WRP 1966, 323 ff
Ebel	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und EWG-Kartellrecht, Losebl., Frankfurt, ab 1980
Eckstein	Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträge, ArchBürgR 41, 178 ff
Eith	Zum Schutzbedürfnis gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1974, 16 ff
Ekelöf	Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZZP 1975, 289 ff
Emmerich	Der finanzierte Abzahlungskauf, JuS 1971, 273 ff
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. neubearb. Auflage, Tübingen 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 6., neubearb. Auflage, Münster 1975 (zit. Erman-Bearbeiter)
Esser	Rezension von Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Rabels Z 18 (1953), 165 ff
Esser	Realität und Ideologie der Rechtssicherheit im positiven System, in Festschrift für Rittler, S. 13 ff, Aalen 1957
Esser	und Stein: Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, Frankfurt 1966
Esser	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. unveränd. Aufl., Tübingen 1974

Esser-Schmidt	Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1 5. Aufl., Karlsruhe 1975
Esser-Weyers	Schuldrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, Die Verträge, 5. Aufl., Heidelberg u.a. 1977
Flume	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechtes, Band II, Das Rechtsgeschäft, 2. überarb. Aufl., Berlin u.a. 1975
Föhl	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band 6, S. 310, Stichwort Kredit, 1959
Franke	Rechtsvergleichende Beiträge zum Problem des Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, Diss. Frankfurt 1969
Freund	Anmerkungen zum Urteil des OLG München vom 27.2.1976 (NJW 1977, 152), NJW 1977, 636
Geiger	Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neuwied u.a., 1964
Gerstenmaier	§ 138 BGB und die freie Vereinbarung von Kreditzinsen, FLF 5/1980, 225 ff
von Gierke	Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889
Gilles	Verbraucherpolitische Vertragsrechtsreform im Bürgerlichen Gesetzbuch, ZRP 1979, 265 ff
Gundlach	Konsumentenkredit und Einwendungsdurchgriff, Berlin 1979
Haase	Ist das Darlehen ein Realvertrag? JR 1975, 317 ff
Haberstumpf	Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denken in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Diss., Berlin 1976

Hackl	Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit, BB 1977, 1412 ff
Hadding	Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredits? Gutachten zum 53. Deutschen Juristentag Berlin 1980, München 1980
Hamann/Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3., völlig neubearb. Auflage, Neuwied 1970
Hannes	Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1977, TW 2/1978, 19 ff
Hannes	Rechtsprechung in der TW, TW 6/1978, 26
Hannes	Aktuelle Rechtsprechung, TW 1/1979, 23 ff
Hannes	Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1978, TW 2/1979, 49 ff
Hannes	Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1979, TW 2/1980, 59 ff
Hannes	Aktuelle Rechtsprechung, FLF 3/1980, 115 ff
Hartwieg	Culpa in contrahendo als Korrektiv für "ungerechte" Verträge, JuS 1973, 733 ff
Henkel	Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, München u.a. 1964
Hiebler	Die Praxis der Kreditgewährung, 4. Aufl., Wiesbaden 1979
Hilger	Überlegungen zum Richterrecht, in: Festschrift für Larenz zum 70. Geburtstag, S. 109 ff, München 1973

von Hippel	Verbraucherschutz, 2. Aufl., Tübingen 1979
Hirsch	Zu einer Methodenlehre der Rechtswissenschaft, JZ 1962, 329 ff
Hoff	Wann ist das Kapital eines nichtigen Wucherdarlehens rückforderbar? AcP 156 (1956), 483 ff
Holm	Das Verhalten potentieller Konsumentenkreditnehmer, Diss., Hamburg 1977
Holschbach	Zur Wirksamkeit von Darlehensgeschäften "an der Haustür", NJW 1973, 444 ff
Honsell	Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, München 1974
Hoppmann	Volkswirtschaftliche Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: Normenzwecke und Systemfunktionen im Bereich des Kartellrechts, S. 5 ff, Tübingen 1974
Ihmels	Zur Zinsberechnung bei Teilzahlungs-Krediten, BB 1975, 1510 ff
Kaminsky	Die Teilzahlungsbanken, 4. Aufl., Frankfurt 1969
Karbach	Kreditvermittler. Stellung und Tätigkeit der Vermittler von Konsumentenkrediten, Berlin 1977
Kessler	Nochmals: Auswirkungen des § 247 BGB auf die Zinsen bei Ratenkrediten, NJW 1977, 2060 f
Kessler	Anmerkungen zum Urteil des OLG Stuttgart vom 24. 4. 1979 (NJW 79, 2409 ff), BB 79, 1423 ff

Kessler — Restforderungen der Teilzahlungsbank gegen den säumigen Schuldner, BB 1979, 1223 ff

Kessler — Die Nichtigkeit von Teilzahlungskrediten nach der neueren Rechtsprechung und ihre Folgen, TW 1/1980, 15 ff

Kipp — Die guten Sitten im Krieg, DJZ 1916, 466 ff

Klang-Gschnitzer — Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. neubearb. Aufl., Vierter Band, erster Halbband, §§ 859-1044, Wien 1968

Kochendörfer — Sittenwidrige Höhe von Darlehenszinsen, NJW 1980, 215 f

König — Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme, in: Hirsch, Rehbinder (Hrg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 36 ff, Opladen 1967

Kollhosser — Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - Entwicklung und aktuelle Bedeutung -. Diss., Mainz 1963

Kollhosser — Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP 165 (1965), 46 ff

Kollhosser — Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Verfahrensrecht, München 1970

Kolms — Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band 6, S. 142, Stichwort Konsum, 1959

Kraft — Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München u. a. 1963

Kübler	Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645 ff
Kübler	Privatrecht und Demokratie, in: Festschrift für Raiser, S. 697 ff, Tübingen 1974
Lammel	Probleme des Ratenbarkredits. BB, Beilage 8/80 zu Heft 24, S. 1 ff
Larenz	Grundsätzliches zu § 138 BGB, JJB 1966/67, 98 ff
Larenz	Der Richter als Gesetzgeber? Festschrift für Henkel, S. 31 ff, Berlin u. a. 1974
Larenz	Bemerkungen zur c. i. c., Festschrift für Ballerstedt, S. 397 ff, Berlin 1975
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. völlig neu bearb. Auflage, Berlin u. a. 1975
Larenz	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. neubearb. Aufl., München 1980
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 12. neubearb. Aufl., München 1979
Lau/Schulz	Die Restschuldversicherung in der richterlichen Beurteilung von Krediten nach § 138 BGB, ZfgK 1980, 820 ff
Laufs	Rechtsentwicklung in Deutschland, 2. Aufl., Berlin u. a. 1978
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., Berlin 1966
Lent/Jauernig	Zivilprozeßrecht, 17. Aufl., München 1974
Lindacher	Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173 (1973), 124 ff

Löwe	Anmerkungen zu den Urteilen des BGH vom 10. und 17. 4. 1980 (NJW 1980, 2074 ff, 2076 ff) NJW 1980, 2078 ff
Löwe	Neuerungen im Abzahlungsrecht, NJW 74, 2257
Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelsberg 1977
Löwisch	Zinseszinsverbot und Verzugsschadensersatz, NJW 78, 26
Frhr. Marschall von Bieberstein	Gutachten zur Reform des finanzierten Abzahlungskaufes. Untersuchungen und Möglichkeiten einer künftigen gesetzlichen Regelung des finanzierten Abzahlungskaufes und anderer Formen des Konsumentenkredites, 1978
Medicus	Bürgerliches Recht, 9. Aufl., Köln u.a. 1979
Meyer-Cording	Gute Sitten und ehtischer Gehalt des Wettbewerbsrechts. Grundsätzliches zu § 1 UWG, JZ 1964, 273 ff
Müller-Gießler	Kommentar zum GWB, Kartellgesetz, Losebl., Frankfurt ab 1967
Münchener Kommentar	Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), AGB-Gesetz, München 1978 (zit.: Bearbeiter in MK)
Münstermann	Vorrangigkeit des Verbraucherschutzes beim Konsumentenkredit? FLF 5/1980, 217 ff
Mugdan	Gesammelte Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1. Band, Einführung und Allgemeiner Teil, Berlin 1899
Musielak	Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen. Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofes, AcP 176 (1976), 465 ff

Musielak	Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1975
Neumann	Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Demokratie und autoritärer Staat, S. 65 ff, Frankfurt 1967
Neumann-Duesberg	Irrelevanz des Darlehen-Theorienstreits, NJW 1970, 1403 ff
Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 6. völlig neu bearb. Auflage, Berlin 1959
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Aufl., München 1981 (zit.: Palandt-Bearbeiter)
Pesch	Jahrbuch der Nationalökonomie, V. Band, Freiburg i. Br. 1923
Planck	Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1898
Prölss	Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, 901 ff
Prölss	Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Diss., Karlsruhe 1966
Raape	Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP 147 (1941), 217 ff
Raiser	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des DJT, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960
Raiser	Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff
Redeker	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, NJW 1966, 1777 ff
Rehbein/Reincke	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 5. Aufl., Berlin 1894

Reich	Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187 ff
Reich	Anmerkungen zum Urteil des OLG München vom 27. 2. 1976, (NJW 1977, 152) NJW 1977, 636 f
Reich	Reform des Rechts des Konsumentenkredits, JZ 1980, 329 ff
Reichtsgerichtsräte Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, Band I, 12. Aufl., Berlin u. a. 1977 (zit.: RGRK-Bearbeiter)
Reifner	Das Recht des Konsumentenkredites, Diss. Berlin 1977
Reifner	Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied u. a., 1979
Reifner, Weitz, Uesseler	Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit, Tübingen 1978
Reinecke	Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1976
Reinhardt	Der gerechte Preis, ein Bestandteil der Rechtsordnung, in Festschrift für Lehmann, S. 221 ff, 1937
Rheinfels	Wann ist die Preisschleuderei sittenwidrig? WuW 1956, 785 ff
Roscher	Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Berlin 1974
Rosenberg	Die Beweislast, 5. Aufl., München 1965
Rosenberg/Schwab	Zivilprozeßrecht, 12. neubearb. Aufl., München 1977

Rühle	Das Wucherverbot - effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen? Diss., Berlin 1978
Sack	Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRuR 1970, 493 ff
Schlosser/Coester-Waltjen/ Graba	Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977
Schlüter	Das obiter dictum, München 1973
Schmidt, E.	Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153 ff
Schmidt, H.	Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Diss., Berlin 1973
Schmidt, J.	Ein soziales Obligationsmodell im Schuldrecht? AcP 176 (1976), 381 ff
Schmidt-Bleibtreu/Klein	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, völlig neub. 5. Auflage, Neuwied 1980
Schmidt-Rimpler	Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Raiser, S. 1 ff Tübingen 1974
Schmidt-Rimpler	Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts AcP 147 (1941), 130 ff
Schneider, T.	Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, 764 ff
Schneider, G.	Credit Scoring im Bereich des Konsumentenkredits, TW 2/1980, 39 ff
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 20. Aufl., München 1980 (zit.: Schönke-Schröder-Bearbeiter)

Scholten	Die Kreditgebühren der Teilzahlungsbanken und das Zinseszinsverbot, NJW 1968, 385 f
Scholz	Anmerkungen zum Urteil des Kammergerichts vom 26.9.1974 (BB 74, 1505), BB 1974, 1605
Scholz	Die 2. Novelle zum Abzahlungsgesetz (II), MDR 1974, 969 ff
Scholz	Teilzahlungsbanken und übrige Kreditwirtschaft, TW 3/1975, 3 ff
Scholz	Sind Restschuldversicherungsprämien Kreditkosten? MDR 1976, 281 ff
Scholz	Kreditvermittler in der Rechtsprechung, MDR 1977, 887 ff
Scholz	Zur Zinsberechnung bei Teilzahlungskrediten, BB 1977, 1425 ff
Scholz	Die vorzeitige Rückzahlung von Konsumentenkrediten durch den Kreditnehmer, BB 1979, 188 f
Scholz	Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 29.6.1979 (WM 79, 966 ff), WM 1979, 1247 ff
Scholz	Ein Schritt zum "richtigen" Effektivzins? WM 80, 322 ff
Scholz	Effektivzins und kein Ende, FLF 3/1980, 96 ff
Schricker	Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970
Schulz	Neuordnung zur Restschuldversicherung, TW 1/1979, 19 f
Schulz	Restschuldversicherung und Wuchergrenze, TW 2/1979, 38

Schulz	Die Entwicklung der Restschuldversicherung, TW 3/1979, 103 f
Sendler	Juristentag mit preußischem Charme, ZRP 1980, 289 ff
Seraphim	Landwirtschaftliche Markteingliederung als ökonomischer Machtausgleich auf ständisch-korporativer Grundlage, Bericht über Landwirtschaft N. F. Bd. XIX, Heft 2, Berlin 1934
Simitis	Gute Sitten und ordre public, Diss., Marburg 1960
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), 11. Aufl., Stuttgart u. a., 1978 (zit.: Soergel-Bearbeiter)
Spittler	Norm und Sanktion. Untersuchungen zum Saktionsmechanismus, Freiburg 1967
Stauder	Vom Abzahlungskauf zum Konsumentenkredit, ZRP 1980, 217 ff
von Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen. Erstes Buch. Allgemeiner Teil. 12. neubearb. Aufl., Berlin 1979 (zit.: Staudinger-Bearbeiter)
Stoll	Die Bedeutung der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen über Wucher und Überteuerung (RGZ 150, 1), AcP 142, 333 ff
Sturm	Die Neufassung des Wuchertatbestandes und die Grenzen des Strafrechts, JZ 1977, 84 ff
Süss	Objektiv grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung als Nichtigkeitsgrund nach § 138 Abs. 1 BGB? DRW 1936, 359 ff
Szaguun, Neumann, Wohlschuß	Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, 3. Aufl., Stuttgart 1976

Teubner — Standards und Direktiven in Generalklauseln, Studien und Texte zur Methodologie des Rechts, Band 8, Frankfurt 1971

Thilenius — Die Nichtigkeit von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe, MDR 1977, 803 ff

Thomas-Putzo — Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 10. neub. Aufl., München 1979

Ulmer-Brandner-Hensen — AGB-Kommentar, Köln 1977

Ungnade — Ausgewählte Einzelfragen aus dem Wettbewerbsrecht der Kreditinstitute, WM 75, 1078 f

Weber, K.-H. — Die Nichtigkeit von Teilzahlungskreditverträgen, NJW 1980, 2062 ff

Weber, M. — Rechtssoziologie, 2. Aufl., Neuwied 1967

Weinkauff — Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Maihofer (Hrg.), Naturrecht und Rechtspositivismus, S. 554 ff, Darmstadt 1966

Weiß — Die Entwicklung und wirtschaftliche Bedeutung der Teilzahlungs-Kreditwirtschaft in der Bundesrepublik, in: Die Finanzen des privaten Haushalts, Festschrift für Kaminsky, Frankfurt 1969

Weitnauer — Beweisfragen in der Produktenhaftung, in: Festschrift für Larenz zum 70. Geburtstag, S. 905 ff, München 1973

Westermann, H. P. — Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle, AcP 78 (1978), 150 ff

Wieacker — Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung

der modernen Gesellschaft (1953), in: ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt 1974

Wieacker — Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Tübingen 1967

Wilburg — Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Rektoratsrede, Graz 1951

Winter — Der sogenannte "marktübliche Zinssatz" als Maßstab für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit, TW 2/1979, 40 ff

Zajtay — Code civile und BGB AcP 157 (1957), 479 ff

Zippelius — Das Wesen des Rechts, München 1965

Zwanzig — Sondermarkt für Teilzahlungsbanken im Konsumentenratenkredit? BB 1980, 1282 ff

O. V. (amtliche Ausgabe) — Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, Berlin 1888 Band II, Berlin u. a. 1896

O. V. — Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Frankfurt/Main (zit. nach Jahrg. und Erscheinungsmonat)

O. V. — Bis 43 Prozent Jahreszinsen, Untersuchung der Stiftung Warentest, Test 2/1979, 15 ff

O. V. — Die Lage der Ratenkreditbanken im Jahre 1979, FLF 3/1980, 89 ff

L E B E N S L A U F

Am 22. April 1950 wurde ich als Sohn des Polizeibeamten Siegfried Klocker und seiner Ehefrau Hilde, geborene Timpe, in Bottrop geboren. Dort besuchte ich die Volksschule und das Städtische Jungengymnasium in den Jahren 1956 bis 1968; die Reifeprüfung bestand ich am 27. Mai 1968. Im Wintersemester 1968/69 begann ich, an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster Rechtswissenschaften zu studieren. Am 4. Oktober 1974 schloß ich das Studium mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung ab (Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm). Nach einsemestrigem Ergänzungsstudium der Wirtschaftswissenschaften sowie Tutoren- und Korrekturassistententätigkeit an der Universität Münster (1975-1977) trat ich im Januar 1977 den Referendardienst in Bremen an. Im Sommersemester 1978 besuchte ich die Verwaltungshochschule in Speyer. Mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung am 14. Juni 1979 in Hamburg (Gemeinsames Prüfungsamt der Länder Schleswig-Holstein, Hamburg und Bremen) schloß ich die Ausbildung ab. Vom 1. Juli 1979 bis zum 31. Juli 1980 war ich als Rechtsanwalt in einer wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Anwaltssozietät in Bremen tätig. Im Jahre 1980 begannen auch die Arbeiten an der Dissertation. Seit dem 1. Januar 1981 bin ich im Bundesministerium für Wirtschaft beschäftigt, z.Zt. als Regierungsrat z.A. im Referat Bildungspolitik.

Bonn, den 1. März 1982

Peter Klocker